This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 40J3 L

Digitized by Google

A7
Efimov, V. V.
Ocherki...

Bd. Jan. 1931.

HARVARD LAW LIBRARY

Received Nov. 4. 1929.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ОЧЕРКИ

ПО ИСТОРІИ

ДРЕВНЕ-РИМСКАГО РОДСТВА

И

НАСЛѢДОВАНІЯ

Vasilii Vladimirovich Efimov

В. В. ЕФИМОВА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія В. С. Балашева, Наб. Екатерин. кан., д. 78.
1885.

Digitized by Google

Екатерининскій кан., д. № 78.
2616

Печатать дозволяется 10-го Февраля 1885 года.
Деканъ Юридическаго факультета *Ю. Янсонъ.*

Digitized by Google

Предлагаемые очерки (о материнствѣ и наслѣдованіи безъ завѣщанія въ древнемъ Римѣ) тѣсно связаны. И вотъ почему: въ самомъ началѣ древне-римскаго наслѣдованія, опирающагося на родственныя отношенія, автору надлежало выяснить, въ какомъ историческомъ соотношеніи находятся мужская и женская филіація (отчество и материнство), имѣются-ли слѣды материнства (родства по женской линіи) въ древнемъ Римѣ и т. д. Этимъ предварительнымъ вопросамъ посвящается первый очеркъ, а во второмъ очеркѣ спеціально излагается цивильное наслѣдованіе безъ завѣщанія.

Digitized by Google

NOV 4 1929
11/4/29

Digitized by Google

ПЛАНЪ ИЗЛОЖЕНІЯ

ОЧЕРКЪ ПЕРВЫЙ

О материнствѣ въ древнемъ Римѣ.

Стр.

Введеніе.

Успѣхи сравнительнаго изслѣдованія 3

Общее первобытное право (4).—Основаніе сравнительнаго изслѣдованія (5).—Сравнительное изслѣдованіе римскаго права (7).—Изученіе первобытной семьи (9).

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Гипотезы первоначальной эволюціи семьи и родства 11

Обзоръ литературы (12—14).

А) Развитіе семейныхъ отношеній.

I) Исходная стадія развитія 14

1) Прозваніе: а) гетеризмъ (15), б) общинный бракъ (16).

2) Объясненіе гетеризма (18).

II) Выходъ изъ гетеризма 18

1) Гинекократія (19), 2) экзогамія (20), 3) одно изъ условій успѣшной борьбы за существованіе (22).

III) Переживанія гетеризма 23

IV) Типы первобытнаго брака 25

1) Гипотеза обязательнаго перехода чрезъ извѣстные типы (25).

2) Гипотеза самостоятельнаго развитія отдѣльныхъ типовъ (25): а) поліандрія (26), б) полигенія (26), в) моногамія (27).

Digitized by Google

Стр.

Б) Развитіе родсвенныхъ отношеній 27

I) Послѣдовательныя системы родства 28

1) Родство по женской линіи (28): а) основаніе (28), б) послѣдствія (29), в) универсальное значеніе (30).

2) Родство по мужской линіи (30): а) Переходная стадія (30), б) Мотивы перехода: α) побѣда духовной природы (31), β) развитіе индивидуальной собственности (32), γ) прикрѣпленіе земледѣльца (33), в) Способы признанія дѣтей отцомъ (34), г) Типы брака съ мужской филіаціей (34).

3) Родство по отцу и по матери (35).

II) Ходъ развитія родственныхъ отношеній 35

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Римскій допатріархальный бытъ 37

А) Эпоха до начала римскаго государства

I) Семейный и родственный бытъ аріевъ 39

II) Семья и родство у италійскихъ народовъ 43

1) Сабины (44), 2) этруски (46), 3) латины (48).

Б) Начальная эпоха римскаго государства.

I) Легендарныя извѣстія о материнствѣ 49

1) Sororium tigillum (49—52), 2) сказаніе о Танаквилѣ (53—56), 3) легенда объ Аккѣ Ларенціи (57).

II) Слѣды материнства въ родственныхъ отношеніяхъ . . 58

1) Officium lugendi (60—62), 2) charistia (63), 3) суды изъ когнатовъ (64 — 65), 4) jus osculi (66 — 68), 5) запретъ брака между родственниками (69), 6) заключеніе (70).

III) Слѣды материнства въ римской семьѣ 71

1) Выраженія: а) pueri juncini (72), б) tusco modo dotem quaerere (73).

2) Семейная жизнь плебеевъ: а) догадки романистовъ (74—77), б) догадки этнологовъ (78—81).

3) Признаніе отцомъ собственныхъ дѣтей (82).

4) Бракъ per usum: а) происхожденіе (84), б) иныя объясненія (88—89).

Digitized by Google

ОЧЕРКЪ ВТОРОЙ.

Начальная исторія наслѣдованія безъ завѣщанія.

Введеніе. Стр.
Къ вопросу о природѣ римскаго родоваго союза 95
I) Гипотезы юристовъ и историковъ. 96
1) Gens—ассоціація родственниковъ (96—98).
2) Gens—религіозный союзъ (99).
3) Gens—военная ассоціація (100—102).
4) Gens — военный союзъ родственниковъ одного культа (103).
II) Гипотезы этнологовъ 105
1) Развитіе начальнаго общества вообще: а) Летурно (105), б) Постъ (106), в) Макъ-Леннанъ (167), г) итоги (108). Оцѣнка возраженій Мэна (109—111).
2) Образованіе римской gens (112).
III) Параллели. 113

Исторія наслѣдованія.

А) Эпоха до XII таблицъ
1) Обобщеніе Моргана. 117
2) Мнѣніе Данца; оцѣнка его 119
3) Результаты 127
Б) Цивильное наслѣдованіе.
Источники. Программа изложенія.

АНАЛИЗЪ.

Первый разрядъ — sui heredes.

I) Время появленія sui heredis. 129
1) Начало государственнаго періода (127—132), 2) литература вопроса (133). 3) аргументація. (134 — 140). Значеніе suus heres (140).
II) Causa suitatis. 141
1) Независимо отъ семейнаго положенія: а) теорія тожества воли и б) unitas personarum.

Digitized by Google

Стр.

2) Въ зависимости отъ принадлежности къ семьѣ: а) біологическая точка зрѣнія (143), б) юридическая организація семьи, в) политическіе разчеты (144) г), имущественныя отношенія, [α) теорія скрытаго правомочія (145), β) экономическая теорія (149)], д) преемство культа, е) выводы (152).

III) Кто назывался suus heres 154
1) Догадки новѣйшихъ писателей: а) критика теоріи Гризингера (155)—162), б) возраженія Ф—де Куланжу (163), в) характеристика suus heres.
2) догма римской юриспруденціи; а) наслѣдованіе нисходящихъ (167), б) наслѣдованіе дочери (169), в) наслѣдованіе жены (171).

IV) Объектъ наслѣдованія 176

V) Пріобрѣтеніе наслѣдства 178

Второй разрядъ—агнаты.

I) Постановка агнатическаго наслѣдованія 181
1) Предлагаемая гипотеза (181—185), 2) оцѣнка гипотезы Хельдера (186—189), 3) замѣтка Шерля (190).

II) Кто былъ proximus agnatus 191
1) Наслѣдованіе женщинъ. Ratio Voconiana (192—198), 2) дифференціація боковыхъ наслѣдниковъ (199), 3) *proximus* agnatus (201), 4) пріобрѣтеніе наслѣдства 202—204).

Третій разрядъ—гентилы.

I) Недостатки преобладающей доктрины 205
1) Плеоназмъ (206), 2) анахронизмъ (207).

II) Исторія наслѣдованія гентиловъ 207
1) Допатріархальный—2) патріархальный родовой бытъ (208), 3) начало государственнаго быта (209).

Нѣкоторыя компликаціи въ порядкѣ наслѣдованія 211
1) Наслѣдованіе въ имуществѣ ливерта, 2) въ имуществѣ эманципированаго, 3) въ имуществѣ бывшаго in mancipio.

СИНТЕЗЪ.

A) Общая гипотеза эволюціи полѣдованія 215
B) Институты и положенія эпохи XII таблицъ.

Digitized by Google

Стр.

АА) Отсутствіе преемства между наслѣдниками 216
1) Область дѣйствія сказаннаго положенія (218), 2) его происхожденіе (219—222), 3) судьба (223).

ББ) Суррогаты преемства классовъ и степеней 224

А²) Первый суррогатъ. Давностное обладаніе наслѣдствомъ.

I) Источники 225
II) Литература 226
III) Постановка вопроса. 227
IV) Мотивы обособленія. 228
1) Ошибка древней юриспруденціи (229—231), 2) тенденція имѣть наслѣдника (232—236), 3) отсутствіе tempus deliberandi (237), 4) потребность въ актѣ пріобрѣтенія наслѣдства (239), 5) средство передать наслѣдство когнатамъ(239), 6) суррогатъ преемства классовъ и степеней

V) Спеціальная характеристика.
1) Давностное обладаніе наслѣдствомъ 242
а) Возникновеніе института 24
б) Продолжительность владѣнія 244
в) Субъекты 246
г) Объектъ владѣнія. 247
д) Сакральная повинность 248
аа) понятіе о sacra (249—251).
бб) лица, повинныя платить sacra по двумъ понтификальнымъ эдиктамъ (252—269).

е) Время преобразованія usucapio pro herede. . . . 270
аа) въ началѣ императорскаго періода (270), бб) со времени lex Furia testamentaria (271) вв) со времени edictum successorium (272—279),

2) Давностное обладаніе наслѣдственными вещами . . . 280
1-й періодъ—usucapio pro herede annua, improba, lucrativa (284—292).
2-й періодъ — usucapio pro herede annua, improba (292—298).
3-й періодъ—usucapio annua (299—304).
4-й періодъ—usucapio при Юстиніанѣ (305—309).

3) Usucapio при наличности sui heredes 310

Digitized by Google

Стр

Б¹) Второй суррогатъ. Передача наслѣдства однимъ наслѣдникомъ другому 315
I) In jure cessio вообще 316
II) In jure cessio hereditatis 318
1) Форма 319
2) Виды 320
а) In jure cessio hereditatis aditae
б) In jure cessio hereditatis nondum aditae.
В¹) Сравненіе обоихъ суррогатовъ 332
С) Доказательства изъ послѣдующей исторіи. 333

Digitized by Google

ОЧЕРКЪ ПЕРВЫЙ

О МАТЕРИНСТВѢ ВЪ ДРЕВНЕМЪ РИМѢ.

Digitized by Google

Digitized by Google

ВВЕДЕНІЕ.

Успѣхи сравнительнаго изслѣдованія.

Сравнительный методъ изслѣдованія за послѣднее время обогатилъ науку правовѣдѣнія многими интересными положеніями и гитотезами. И догматики при анализѣ институтовъ дѣйствующаго права прибѣгаютъ къ методу сравнительному, стараясь всесторонне развѣдать интересующій предметъ, и историки, слѣдящіе за постепеннымъ развитіемъ разсматриваемаго вопроса, пользуются сказаннымъ методомъ въ болѣе или менѣе широкихъ размѣрахъ. Цѣли, которыя имѣютъ въ виду изслѣдователи, прибѣгающіе къ сравненію общественныхъ явленій, бываютъ неодинаковы. Одни изъ изслѣдователей, оставаясь въ предѣлахъ изученія какого-нибудь явленія изъ жизни отдѣльнаго народа, ищутъ сходныхъ явленій у другихъ народовъ только ради лучшей иллюстраціи своего предмета изслѣдованія, другіе ставятъ себѣ задачей констатировать сходственныя учрежденія цѣлой группы народовъ (напримѣръ, арійцевъ, семитовъ) и, наконецъ, третьи, практикующіе сравнительный методъ въ самыхъ обширныхъ размѣрахъ, стараются найти тожественныя или аналогичныя явленія во всѣхъ странахъ и у всѣхъ народовъ съ цѣлью указать на един-

Digitized by Google

ство общественнаго прогресса въ жизни всего человѣчества.

1) *Общее первобытное право* обязано своимъ возникновеніемъ сравнительному методу. До второй половины нашего вѣка предметомъ научныхъ работъ по первобытному праву были исключительно одни древнія общества, а въ недавнее время ученые значительно расширили поле своихъ наблюденій; не только древнія, но и современныя первобытныя общества (общества неразвитыхъ людей, дикарей) сдѣлались предметомъ научнаго изученія. Такимъ образомъ, подъ названіе: общее первобытное право можетъ быть подведено не только древнее, но и современное первобытное право; то и другое теперь нерѣдко сопоставляются.

Починъ серьезной разработки общаго первобытнаго права принадлежитъ англійскимъ писателямъ. Это и понятно: англійское государство вмѣщаетъ въ себѣ крайне разноплеменный составъ населенія, раскинувшійся по всѣмъ частямъ стараго и новаго свѣта, а сами англичане — большіе охотники до путешествій. Вотъ, масса замѣтокъ путешественниковъ о бытѣ первобытнаго люда, сопоставленныхъ съ извѣстіями старинныхъ писателей о древней соціальной жизни, и представляетъ хорошій матеріалъ для сравнительнаго изслѣдованія. Подобныя антропологическія и этнографическія работы встрѣчаются и у нѣмцевъ (напримѣръ, Waitz, Post), и у французовъ (Letourneau). Наше отечество по составу своего населенія можетъ служить также богатымъ источникомъ для разработки общаго первобытнаго права. Можно замѣтить и у насъ попытки изслѣдованій подобнаго рода: встрѣчаются небольшія статьи въ журналахъ, печатаются матеріалы для изслѣдованія и т. п.

2) Касательно *основанія*, по которому практикуется методъ *историко-сравнительный*, надо сказать, что по большей части изслѣдователи въ началѣ своихъ трудовъ

Digitized by Google

считаютъ долгомъ посвятить нѣсколько словъ значенію знакомства съ первобытнымъ обществомъ. Напримѣръ, Леббокъ (Начало цивилизаціи, стр. 1) говоритъ: «изученіе низшихъ человѣческихъ расъ, кромѣ непосредственной важности, какую оно имѣетъ для такого государства, какъ Англія, интересно еще по тремъ причинамъ. Во первыхъ, положенія и обычаи современныхъ дикарей во многихъ, хотя и не во всѣхъ, отношеніяхъ походятъ на тѣ, какія были и у нашихъ предковъ въ давнопрошедшія времена. Во вторыхъ, они выясняютъ многое изъ того, что принято въ нашихъ современныхъ обществахъ... Въ третьихъ, съ помощью ихъ намъ легче, хотя до нѣкоторой степени, проникнуть черезъ туманъ, раздѣляющій наше настоящее отъ будущаго». Но немногіе изъ писателей входятъ въ болѣе подробный анализъ существа историко-сравнительнаго метода. Ранѣе другихъ высказался по этому поводу англійскій ученый Фриманъ.

Фриманъ [1]) указываетъ на причины сходства общественныхъ явленій въ жизни различныхъ народовъ. Онъ говоритъ, что могутъ быть, по крайней мѣрѣ, три причины такого сходства. Во первыхъ, сходство можетъ быть результатомъ заимствованія, которое является или сознательнымъ перенесеніемъ учрежденій одного народа къ другому, или простымъ подражаніемъ. Во вторыхъ, по словамъ Фримана, причиной сходства можетъ быть просто то обстоятельство, что одинаковыя причины, независимо отъ различія по мѣсту и времени, ведутъ къ одинаковымъ послѣдствіямъ. Одни и тѣ же учрежденія повторяются въ разныхъ обществахъ только вслѣдствіе

---

[1]) *Freeman*, Comporative politics — Сравнительная политика (подъ этимъ именемъ авторъ разумѣетъ сравнительное изученіе государственныхъ учрежденій и формъ правленія), русскій переводъ *Н. М. Коркунова*, стр. 16—24.

Digitized by Google

того, что повторяются и вызывающія ихъ условія. И, наконецъ, въ третьихъ, бываетъ немало такихъ случаевъ, когда причину сходства явленій можно объяснить общностью происхожденія народовъ; напримѣръ, замѣчается природное сходство въ первобытныхъ учрежденіяхъ трехъ выдающихся отраслей арійской расы: римлянъ, грековъ и германцевъ.

Положенія Фримана нашли себѣ у насъ небольшую поправку въ трудахъ профессоровъ Сергѣевича и Ковалевскаго. Оба они вполнѣ присоединяются къ мнѣнію Фримана относительно первыхъ двухъ причинъ сходства между учрежденіями разныхъ временъ, странъ и народовъ, но иначе смотрятъ на третью причину. В. И. Сергѣевичъ приходитъ къ такому заключенію[1]): «этотъ третій случай не есть простой новый, а сложный изъ двухъ первыхъ и долженъ быть, конечно, разложенъ на свои составные элементы; сходные слѣды стараго должны быть отнесены къ передачѣ (первый случай), развитіе же этого стараго въ новое, но опять сходное, должно быть объяснено дѣйствіемъ общихъ причинъ». М. Ковалевскій въ своемъ этюдѣ[2]) представляетъ четыре категоріи доказательствъ въ пользу того, что на общность происхожденія нельзя смотрѣть, какъ на достаточную причину сходства общественныхъ явленій.

Наконецъ, нѣмецкій этнологъ Постъ сводитъ raison d'être сравнительнаго изслѣдованія, неограниченнаго предѣлами времени и пространства, къ наиболѣе широкому обобщенію, единству человѣческой природы[3]): от-

---

[1]) *Сергѣевичъ*, Право и государство въ исторіи, Сборникъ государственныхъ знаній, VII, стр. 46.

[2]) *Ковалевскій*, Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи и пріемы изученія права, стр. 13—18.

[3]) *Постъ* написалъ пять особыхъ монографій о первобытномъ правѣ. О методѣ изслѣдованія онъ говоритъ подробнѣе въ своихъ Bausteine für allgemeine Rechtswissenschaft, p. 14ff.

Digitized by Google

правленія размноженія, пропитанія и сношеній одинаково свойственны всѣмъ людямъ. И на сколько вѣрно то,—иллюстрируетъ мысль Поста Зиберъ[1]),—что каждое племя или народъ имѣетъ свои характеристическія особенности, столь же вѣрно и то, что всѣ племена и народы состоятъ изъ индивидовъ человѣческой расы, и, благодаря этой принадлежности къ общей расѣ, даже a priori весьма вѣроятно, что извѣстные этническіе факты повторяются у всѣхъ народовъ земнаго шара[2]).

3) *Римское право* — древнее право; но оно отличается значительно отъ другихъ древнихъ правъ по матеріальному и формальному достоинству, т. е., и по богатству юридическаго матеріала, и по образцовой разработкѣ его. Благодаря этимъ выдающимся свойствамъ, римское право было реципировано и сдѣлалось неизсякаемымъ источникомъ научныхъ трудовъ историческаго и практическаго характера. Что же касается историческаго изученія права римскаго, то болѣе правильной постановкой оно обязано, главнымъ образомъ, Савиньи и Іерингу. Но Савиньи выразилъ свои мысли о пріемахъ историческаго изслѣдованія слишкомъ въ общей формѣ[3]); ему и не пришлось сказать слова о сравнительномъ изученіи права. Направленіе Іеринга называется историко-философскимъ. Оно включило въ историческое изслѣдованіе философскій элементъ, стремленіе къ болѣе широкимъ обобщеніямъ; поэтому, можно сказать, Іерингъ и его послѣдователи не должны ничего

---

[1]) Юридическій вѣстникъ, 1884, 5 и 6, статья *Зибера*: Сравнительное изученіе первобытнаго права, стр. 8.

[2]) Тѣ же основы сравнительнаго метода развиваетъ Постъ въ послѣднемъ трудѣ: Die Grundlagen des Rechts etc., 1884, p. 15—18.

[3]) *Сергѣевичъ*, Методы государственныхъ наукъ, 149—152, справедливо указываетъ на то, что Савиньи не опредѣлилъ даже „народный духъ“, эту первооснову нѣмецкой исторической школы.

Digitized by Google

имѣть противъ сравнительнаго метода, какъ способа расширенія кругозора романистовъ [1]).

Въ Англіи и Франціи методъ сравнительный получилъ полное право гражданства. Въ Германіи, — въ этомъ второмъ отечествѣ права римскаго, — теперь онъ прокладываетъ себѣ дорогу. Только что помянутому германскому ученому Посту, которому недавно пришла въ голову мысль приготовить строительный матеріалъ (Bausteine) для науки общаго сравнительнаго правовѣдѣнія, приходилось довольно энергично отстаивать научную состоятельность сравнительнаго изслѣдованія отъ недоброжелательства со стороны приверженцевъ національно-историческаго метода. Постъ предлагаетъ практиковать сравнительный методъ съ широкой точки зрѣнія, а въ Германіи историки привыкли, по словамъ Поста [2]), ограничивать горизонтъ наблюденій кругомъ однихъ родственныхъ народовъ. Послѣднее обстоятельство, конечно, объясняется тѣми условіями, при которыхъ возникла еще школа Савиньи (погоня за національнымъ объединеніемъ послѣ наполеоновскаго погрома).

Одновременно съ попытками построенія общей исторіи человѣческихъ обществъ, въ Германіи замѣчается оживленное настроеніе при сравнительномъ описаніи общечеловѣческихъ и національныхъ учрежденій. Издается даже спеціальный журналъ для сравнительнаго правовѣдѣнія (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft). Самъ издатель журнала, Бернхефтъ, по профессіи романистъ. Очевидно, и при изученіи исторіи рим-

---

[1]) *С. А. Муромцевъ*, Очерки, 109, подъ *исторической аналогіей* разумѣетъ сравнительный методъ изслѣдованія *извѣстнаго* права. Нибуру, замѣчаетъ онъ, принадлежитъ инициатива широкаго примѣненія аналогіи въ исторіи римскаго права.

[2]) *Post*, Bausteine f. allg. Rwis., p. 13.

Digitized by Google

скаго права начинаютъ пользоваться методомъ сравнительнымъ (таковы новые труды Бернхефта, Лейста и др.).

4) Многіе изъ изслѣдователей общаго первобытнаго права занимались *изученіемъ первобытной семьи*. По этому поводу въ настоящее время набралось не мало теорій и гипотезъ. Нѣкоторыя изъ подобныхъ предположеній успѣли уже сдѣлаться очень распространенными. Такова, напримѣръ, гипотеза о томъ, что первоначальное половое общеніе отличалось неразборчивостью: женщина не имѣла опредѣленнаго мужа или извѣстныхъ мужей, а она считалась достояніемъ всѣхъ мужчинъ, принадлежащихъ къ одной общинѣ. Предполагаютъ, что эта форма брака была первичною; и повсюду, гдѣ на ряду съ другими брачными формами (полигаміей и моногаміей) встрѣчаютъ обычаи и обряды, которые наводятъ на мысль о существованіи еще болѣе ранней формы, объясняютъ ихъ остатками переживанія отъ первоначальной половой неразборчивости. Помянутая гипотеза стала на столько распространенною, что авторы многихъ литературныхъ статей ссылаются на нее, какъ на вполнѣ установившуюся теорію [1]).

Эти новѣйшія воззрѣнія на первобытную семью идутъ, по видимому, въ разладъ со взглядами, которые считаются общепринятыми среди романистовъ. Во всякомъ случаѣ, уже замѣтно пошатнулось убѣжденіе въ томъ, что древне-римская агнатическая семья представляетъ собою настоящій образчикъ самаго примитивнаго брачнаго союза. Между тѣмъ, до сихъ поръ еще не

---

[1]) Между прочимъ, и въ Россіи нѣкоторые писатели видятъ въ семейномъ быту нашихъ инородцевъ остатки сказанной первичной формы брака. (Напримѣръ, Добротворскій, О пермякахъ, Вѣстникъ Европы, 1883, 3 и 4; Харузинъ, Объ инородцахъ вятской губерніи, Юридическій вѣстникъ, 1883, 2; нѣсколько статей М. Кулишера въ томъ же Вѣстникѣ Европы 80-хъ годовъ).

Digitized by Google

выяснено, какія же формы брака и системы родства предшествовали римской агнатической семьѣ. Вполнѣ основательные мотивы сомнѣнія въ истинѣ господствующаго среди романистовъ воззрѣнія на римскую familia приведены въ нашей литературѣ у Сокольскаго [1]), а нѣкоторыя доказательства иного порядка вещей у древнихъ римлянъ можно найти въ разныхъ изслѣдованіяхъ о первобытномъ правѣ и о первобытной семьѣ вообще.

Какъ же тутъ быть, спрашивается, романисту, которому предстоитъ изслѣдовать начальную исторію юридическаго института (наслѣдованіе безъ завѣщанія), близко соприкасающагося съ семейнымъ бытомъ? Необходимо выяснить предварительно, въ какомъ положеніи находится вопросъ объ организаціи первобытной римской семьи. Этимъ дѣломъ мы и займемся.

Предстоящій очеркъ можетъ быть раздѣленъ на два отдѣла по слѣдующей причинѣ. Такъ какъ новые взгляды на римскую семью преимущественно исходятъ отъ писателей, которые изслѣдуютъ общую организацію примитивной семьи, а на римскую familia смотрятъ, какъ на отдѣльный примѣръ общей организаціи, то удобнѣе всего сначала представить конспектъ изслѣдованій о первобытной семьѣ вообще, а затѣмъ уже разсматривать свѣдѣнія о бытѣ допатріархальномъ римскаго народа.

---

[1]) *Сокольскій*, Къ ученію объ организаціи семьи и родства въ первобытномъ обществѣ, 1881, стр. 5 и 20.—Склонны допустить допатріархальный бытъ въ Римѣ· *Bernhöft*, Staat und Recht der röm. Königszeit, 1882, p. 138; *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, стр. 21.

Digitized by Google

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Гипотезы начальной эволюціи семьи и родства.

Стремленія современныхъ этнологовъ при изученіи первобытной семьи направлены на то, чтобы опредѣлить постепенное развитіе брака и родства, свойственное всему человѣчеству, начиная съ самыхъ неразвитыхъ народовъ. Большинство изслѣдователей имѣютъ въ виду жизнь современныхъ дикарей; изрѣдка они обращаютъ вниманіе на древнее право. Очень немногіе спеціально погружаются въ темную глубь доисторическихъ временъ, гдѣ имъ приходится оперировать уже не съ фактами изъ дѣйствительной жизни, а съ вымысломъ, по преимуществу, съ миѳомъ. Такимъ образомъ, набирается безконечная вереница безсвязныхъ идей и фактовъ; разобраться въ нихъ для того, чтобы построить болѣе или менѣе удовлетворительную гипотезу — дѣло далеко нелегкое. Трудно бываетъ провѣрить апріорную мысль въ маслѣ отдѣльныхъ явленій, а еще труднѣе индуктивнимъ путемъ добраться до желаннаго результата. Поэтому, не слѣдуетъ преждевременно сѣтовать на замѣтную сбивчивость этнологическихъ догадокъ. Можно теперь довольствоваться и тѣмъ, что при современной разработкѣ этой новой широкой науки, не имѣю-

Digitized by Google

щей, пока-что, твердо установившагося названія, констатированы уже нѣкоторые общіе пункты соціальнаго развитія людей.

Въ настоящемъ конспектѣ научныхъ выводовъ по вопросу о развитіи брачныхъ и родственныхъ отношеній мы поищемъ, нѣтъ ли чего общаго во взглядахъ писателей на этотъ вопросъ, а также укажемъ на важные пункты разногласія. Начнемъ съ эволюціи семьи по методу историко-сравнительному.

Обзоръ литературы. Еще въ прошломъ вѣкѣ два писателя (Lafitau въ 1721 и Millar въ 1771 г.) указывали на то, что въ глубокой древности, кромѣ отеческой власти, большимъ авторитетомъ пользовалась материнская власть. Однако этому указанію не придали надлежащаго значенія; оно вскорѣ было забыто.

И только спустя много времени, въ 1859 г., германскій ученый *Bachofen* путемъ долгаго и терпѣливаго изученія древней сравнительной миѳологіи пришелъ къ крайне любопытному предположенію о преобладаніи въ доисторической семьѣ материнскаго главенства, которое лишь впослѣдствіи уступило мѣсто отеческой власти. Сказанное предположеніе Бахофенъ выразилъ сначала, между прочимъ, въ сочиненіи: Versuch ueber die Gräbersymbolik der Alten (1859 г. особенно стр. 165—184), а затѣмъ, черезъ два года, онъ окончилъ подробнѣйшее изслѣдованіе, названное согласно помянутому предположенію „Mutterrecht". Далѣе, въ другомъ сочиненіи: Die Sage von Tanaquil, вышедшемъ въ свѣтъ спустя 9 лѣтъ послѣ Mutterrecht, Бахофенъ старался доказать тожество идей восточныхъ и классическихъ миѳовъ и, какъ бы въ подтвержденіе своей гипотезы о господствовавшей нѣкогда материнской власти, онъ сослался на сказаніе о пріобрѣтеніи власти мужчинами при содѣйствіи женщинъ (Танаквила, по преданію, помогала Тарквинію Приску и Сервію Туллію достигнуть царской власти). Наконецъ, въ послѣднемъ произведеніи подъ названіемъ: Antiquarische Briefe (1881 г.) Бахофенъ приводитъ новыя доказательства помянутой гипотезы не только изъ древнихъ миѳовъ, но и въ видѣ фактовъ изъ жизни современныхъ дикарей.

Труды Бахофена, замѣтно, заинтересовали работниковъ по историко-сравнительному методу. Объ этихъ трудахъ писали критическія замѣтки въ общихъ сочиненіяхъ о первобытномъ обществѣ; бывали и спеціальныя статьи, посвященныя разбору основныхъ идей Бахофена. Такъ, *Liebrecht* привѣтствовалъ произведенія Бахофена (Götting. gelehrte Anzeigen, 1862 г., стр. 383, 1870 г. стр. 721—740).

Digitized by Google

M. Leman въ своихъ Studies in ancient history рецензировалъ достоинства и недостатки предположеній Бахофена. *Giraud-Teulon* написалъ прекрасный этюдъ: la mère chez certains peuples de l'antiquité; темой для этого этюда послужило также Mutterrecht. *Elie Reclus* напечаталъ въ журналѣ „Kosmos" (1882 г. pp. 352—371; русскій переводъ въ Русскомъ Богатствѣ, 1883, I) обстоятельный отзывъ объ антикварныхъ письмахъ Бахофена. Болѣе краткую рецензію того-же сочиненія сдѣлалъ *Kohler* (Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, III, 269 ff.). Въ нашей литературѣ небольшая замѣтка о Бахофенѣ была написана *Буслаевымъ* (сравнительное изученіе народнаго быта и поэзіи, Русск. Вѣстн., 1873, 1).

Въ 60-хъ годахъ вышло еще замѣчательное сочиненіе англійскаго ученаго *М.-Леннана* „Primitive Mariage" (1865 г.), въ которомъ онъ подробно изслѣдовалъ исторію первичной формы брака, похищеніе женщинъ, и придумалъ два удачные термина для обозначенія взятія жены изъ племени мужа (эндогамія) и изъ другаго племени (экзогамія).

Въ 70-хъ годахъ появилось нѣсколько выдающихся изслѣдованій. Льюисъ *Моргань* собралъ массу свѣдѣній о родственныхъ отношеніяхъ современныхъ дикарей (*Morgan*, Systems of consanquinity and affinity in the human family; сочиненіе напечатано въ Smithsonian contributions to Knoledge, t. XVII, 1871). Черезъ 5 лѣтъ тотъ же авторъ написалъ второй интересный трудъ: Ancient society (1876 г.); въ этомъ трудѣ, обозначивъ предварительно общія стадіи исторіи цивилизаціи, Морганъ подробно говоритъ объ организаціи первичнаго сообщества людей: родоваго и семейнаго союза. *Джонъ Леббокъ* въ 3 и 4 главѣ сочиненія: The origin of civilisation (Начало цивилизаціи, русскій переводъ 1876 г.) внимательно прослѣдилъ за развитіемъ первичныхъ семейныхъ и родственныхъ отношеній. *Макъ-Леннанъ* вмѣстѣ со вторымъ изданіемъ (1876 г.) „Primitive mariage" публиковалъ еще нѣсколько этюдовъ о первобытномъ правѣ (Kindship in ancient Greece—родство въ древней Греціи, Communal mariage — общинный бракъ, Classificatory system of kindship—система родства по классамъ, вышеупомянутая рецензія на Mutterrecht Бахофена, Ireland family. Все это напечатано въ книгѣ подъ названіемъ: Studies in ancient history). Знаменитый мыслитель *Гербертъ Спенсеръ* третью часть „Основаній соціологіи" (1877 г.) посвящаетъ обстоятельному изслѣдованію первобытныхъ домашнихъ отношеній. Французскій ученый *Giraud-Teulon*, заинтересованный, какъ мы видѣли, изученіемъ первобытнаго права благодаря Бахофену, издалъ вскорѣ (1874 г.) самостоятельную работу о происхожденіи семьи—Les origines de la amille (переведено на русскій языкъ въ приложеніи къ журналу Знаніе).

Digitized by Google

Въ 80-хъ годахъ возбужденный интересъ къ начатому дѣлу еще болѣе усиливается. *Letourneau* пишетъ „La sociologie", въ которой первыя 3 главы 4 книги говорятъ объ évolution du marriage, de la famille. Нѣмецкій ученый Альбертъ *Постъ* въ „Ursprung des Rechts" проповѣдуетъ историко-сравнительное изслѣдованіе; онъ же занимается спеціально вопросомъ „die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe", полученные результаты снова повѣряетъ въ трудахъ: Die Anfänge des Staats—und Rechtslebens, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte. Въ журналѣ „Kosmos" (1882 г., p. 201ff) появляется статья *Kautsky*: Die Entstehung der Ehe und Familie. Въ 1884 г. Julius *Lippert* сопоставляетъ всѣ добытыя данныя о первобытной семьѣ въ произведеніи Die Geschichte der Familie.—И голландскіе ученые начинаютъ работать въ современномъ направленіи общественной науки. Напримѣръ, *Wilken* написалъ серьезную статью о примитивныхъ формахъ брака Over de primitieve vormen van het huwelijk etc., помѣщенную въ журналѣ: De indische gids, 1880—1881 г. (Отзывъ Н. З. объ этой статьѣ въ нашемъ журналѣ: Отечественныя Записки, 1882 г., 7). Наконецъ, русскій ученый *Зиберъ* этотъ же вопросъ разсматриваетъ въ 8 главѣ „Очерковъ первобытной экономической культуры" (1883).

Такимъ образомъ, получается изрядное количество изслѣдованій общаго развитія семейныхъ и родственныхъ отношеній. Но если принять еще во вниманіе новѣйшія капитальныя работы о древнемъ Востокѣ (напримѣръ *Zimmer* Altindische Leben), да прибавить къ нимъ недавніе труды объ организаціи семьи и родства у отдѣльныхъ народовъ (*Смирновъ*, Очерки семейныхъ отношеній по русскому праву; *Сокольскій*, Къ ученію объ организаціи семьи у кельтовъ и германцевъ; *Dargun*, Mutterrecht und Raubche und ihre Reste im germanischen Recht; *Bachofen*, Das lykische Volk; *Мэнъ*, Объ устройствѣ семьи у южныхъ славянъ, и мн. др.), то въ итогѣ получится солидный инвентарь литературы по нашему предмету.

А) Развитіе семейныхъ отношеній.

I) *Исходная стадія развитія семейныхъ отношеній.* Въ какомъ видѣ, спрашивается, современные этнологи представляютъ себѣ самую примитивную фазу человѣческой семьи? Если мы обратимся за отвѣтомъ на предло-

Digitized by Google

женный вопросъ къ только-что указанной намъ и литературѣ, то мы найдемъ тамъ обстоятельную характеристику первобытныхъ половыхъ сношеній. Ученые подъискали не только прозваніе, но и пытаются дать объясненіе первичной фазы семьи.

1) *Прозваніе* разсматриваемаго явленія двоякаго рода. Одни называютъ его гетеризмомъ, другіе общиннымъ бракомъ.

а) *Гетеризмъ*. На самой низкой ступени цивилизаціи большинство изслѣдователей не находятъ ничего такого, что дало-бы возможность предположить о какой-нибудь организаціи семейной жизни. У многихъ изъ современныхъ дикарей, а также у народовъ глубокой древности замѣчается вполнѣ безпорядочное сожительство, полный гетеризмъ. Какъ мужчина не бываетъ чѣмъ-либо связанъ при выборѣ женщины для удовлетворенія половаго влеченія, такъ и женщина можетъ не считать своей обязанностью оставаться вѣрною одному или нѣсколькимъ мужчинамъ. По выраженію Спенсера (стр. 698), мужчины и женщины не признаютъ никакихъ другихъ узъ между полами, кромѣ тѣхъ, которыя устанавливаются насиліемъ и поддерживаются склонностью. Существованіе полнаго гетеризма у арханческихъ народовъ старался доказать Бахофенъ [1]), а отсутствіе упорядоченія половыхъ сношеній среди современныхъ дикарей констатировано всѣми новѣйшими изслѣдователями.

---

[1]) Все изслѣдованіе Бахофена „Mutterrecht" образуетъ сводъ древнѣйшихъ миѳовъ, свидѣтельствующихъ о быломъ гетеризмѣ. Хотя миѳъ есть разсказъ вымышленный, однако никто не будетъ спорить противъ того, что въ основѣ миѳа положена одна дѣйствительная идея или комбинація идей, свойственная эпохѣ (см., напр., о значеніи миѳа у *Schwegler*, röm. Geschichte, I, p. 68).

Digitized by Google

Нѣкоторые писатели стараются еще точнѣе опредѣлить первобытныя половыя отношенія и вводятъ названіе коммунальнаго или общиннаго брака.

б) *Общинный бракъ* — названіе, пущенное въ обращеніе Джономъ Леббокомъ [1]). Подъ этимъ названіемъ стали понимать примитивныя отношенія половъ, при которыхъ всѣ члены племени считали себя одинаково принадлежащими другъ другу. Такъ, мужчины могли предъявить свои права на всякую дѣвушку, живущую въ ихъ племени [2]). Однако противъ этого пониманія первоначальной стадіи семейныхъ отношеній справедливо возражаетъ Спенсеръ. Общинный бракъ, какъ онъ замѣчаетъ (стр. 699 и слѣд.), подразумѣваетъ признаніе нѣкоторыхъ правъ и обязанностей, а нельзя допустить, чтобы въ самомъ началѣ существовалъ общественный законъ, регулировавшій права, вытекающія изъ коммунальнаго брака; въ первобытномъ общественномъ состояніи нѣтъ понятій о правѣ или о бракѣ. Во всякомъ случаѣ, если безпорядочное половое сожитіе и встрѣчается въ той формѣ, въ какой оно описано у Леббока, то названіе коммунальнаго брака неприложимо къ этой формѣ. Такимъ образомъ устраняется это названіе.

Однако слѣдуетъ замѣтить, что Леббокъ сначала употребляетъ слова: общинный бракъ, какъ синонимъ гетеризма. На стр. 71 (русскаго перевода) онъ говоритъ: «первобытное общественное состояніе человѣка было чистымъ гетеризмомъ, т. е. совершеннымъ отсут-

---

[1]) Начало цивилизаціи, стр. 71 и др. *Wilken*, отзывъ Н. З. въ От. Зап, 1882, 7, стр. 154. Судя по переводу (оригинала у насъ не было подъ руками), Вильненъ говоритъ объ общинномъ бракѣ, въ смыслѣ гетеризма вообще, какъ о безпорядочномъ смѣшеніи половъ.

[2]) Случаи общиннаго брака сведены въ статьѣ Макъ-Леннана: communal marriage. Возраженія Леннана Леббоку см. ниже, стр. 21, пр. 1.

Digitized by Google

ствіемъ брака, или, какъ мы можемъ назвать его *ради приличія*, — общиннымъ бракомъ, гдѣ всѣ мужчины и женщины небольшой общины считались въ супружествѣ между собою». А впослѣдствіи (стр. 75 и слѣд.) Леббокъ, дѣйствительно, придаетъ вышепомянутое значеніе общинному браку, противополагая ему бракъ индивидуальный. Но съ послѣднимъ пониманіемъ общиннаго брака, въ качествѣ первичной стадіи человѣческой семьи, нельзя согласиться по причинамъ, указаннымъ Спенсеромъ.

Гербертъ Спенсеръ осторожнѣе другихъ сообщаетъ свои соображенія о первобытной семьѣ. Отказавшись отъ термина «общинный бракъ», онъ вмѣстѣ съ тѣмъ не переходитъ на сторону тѣхъ писателей, которые признаютъ полный гетеризмъ. «Мнѣ кажется, говоритъ онъ, мы должны допустить, что даже въ доисторическія времена безпорядочное половое сожительство сдерживалось установленіемъ индивидуальныхъ связей, являвшихся слѣдствіемъ мужскихъ вкусовъ и склонностей и поддерживавшися противъ другихъ мужчинъ открытою силою» [1]). Но авторъ тутъ-же признается, что на самыхъ раннихъ ступеняхъ развитія безпорядочное половое сожительство ограничивалось такимъ способомъ *лишь въ очень слабой степени* [2]).

---

[1]) Ibid. стр. 702. Къ подобному результату пришелъ Летурно. Говоря объ évolution du mariage, онъ замѣчаетъ (l. c. p. 357): „le plus souvent la promiscuité n'existe pas seule; souvent en effet l'homme le plus fort s'arroge la propriété d'une ou de plusieurs femmes".

[2]) И чтобы подтвердить возможность ранняго существованія индивидуальнаго брака въ зародышѣ, Спенсеръ указываетъ на то, что, вѣдь, у какихъ-бы то ни было дикарей, существуетъ-же, по крайней мѣрѣ, слабое понятіе о частной собственности. Нѣтъ, можетъ быть, понятія объ индивидуальной собственности на недвижимыя вещи, но на движимыя вещи частная собственность извѣстна. А побужденія, приводившія первобытныхъ людей къ монополизированію цѣнныхъ

Digitized by Google

Такимъ образомъ, изъ обзора возможныхъ сообщеній, касающихся первой стадіи семейныхъ отношеній, можно видѣть, что изслѣдователи расходятся только въ частностяхъ, когда заходитъ рѣчь о болѣе подробной характеристикѣ половаго сожительства; въ общемъ-же свойствѣ первобытной семейной жизни они сходятся. Теперь съ достаточною достовѣрностью констатировано, что на самой низкой ступени цивилизаціи вовсе нѣтъ постоянства въ половыхъ отношеніяхъ, а такое явленіе и можетъ быть охарактеризовано словомъ гетеризмъ.

2) *Объясненіе гетеризма.* Физическій и духовный міръ первобытнаго человѣка долго ладитъ съ гетеризмомъ. Требованіе природы — сохраненіе человѣческой расы,— достигается и при половой неразборчивости, а семейной организаціи, какъ и всякой другой организаціи, человѣкъ въ дикомъ состояніи вообще не знаетъ [1]). Точно также въ міровоззрѣніи первобытнаго люда гетеризмъ находитъ себѣ поддержку: онъ есть божественное учрежденіе; служеніе свободной любви—назначеніе женщины [2]).

Далѣе, обратимъ вниманіе на выходъ изъ гетеризма.

II. *Выходъ изъ гетеризма* въ настояще время объясняется крайне неодинаково. Мы приведемъ нѣсколько попытокъ объяснить это явленіе. Одна попытка извѣстна своею оригинальностью и принадлежитъ Бахофену, ко-

---

предметовъ, должны были приводить ихъ и къ монолизированію женщинъ. Между ними должна была возникнуть частная собственность на женщинъ, не признаваемая только сильнѣйшими... *Смирновъ* (l. c., стр. 50) со словъ Дарвина (Происхожденіе человѣка, II, 399 и слѣд.), предлагалъ на ряду съ мимолетными сношеніями признать существованіе союза, имѣвшаго нѣкоторую продолжительность, напримѣръ, ограниченную извѣстнымъ временемъ года или періодомъ кормленія ребенка грудью матери.

[1]) *Post*, Grundlagen, p. 183.

[2]) Религіозная основа гетеризма хорошо формулирована Виньеномъ. См. *Зиберъ*, очерки, 347.

Digitized by Google

торый полагаетъ, что гетеризмъ уничтожается благодаря стремленію женщинъ къ господству надъ мужчинами, благодаря *гинекократіи*. Другая попытка принимается многими изслѣдователями съ небольшими варіаціями. Именно, согласно предположенію нѣкоторыхъ ученыхъ, важное значеніе при исчезновеніи гетеризма имѣетъ очень распространенный среди нецивилизованныхъ народовъ, обычай брать жену изъ чужаго племени; этотъ обычай названъ М. Леннаномъ *экзогаміей*. Наконецъ, встрѣчаются попытки объяснить выходъ изъ гетеризма, опирающіяся на одинъ или нѣсколько обобщенныхъ факторовъ прогресса. Познакомимся поближе съ каждою попыткою.

1) *Гинекократія*. Изученіе сравнительной миѳологіи приводитъ Бахофена къ слѣдующимъ положеніямъ [1]): гетеризмъ прежде всего не нравится женщинамъ, такъ какъ, естественно, всѣ невыгодныя послѣдствія гетеризма преимущественно отражаются на нихъ; мужчины-же совсѣмъ не расположены измѣнить существующій порядокъ. Вслѣдствіе этого женщины возстаютъ противъ мужчинъ, долго и упорно онѣ добиваются гинекократіи [2]). Наконецъ, дѣйствительно, имъ удается установить такой бракъ [3]), въ которомъ первенствующая роль принадлежитъ матери семейства. Доисторическая религія была также, по мнѣнію Бахофена, на

---

[1]) Результаты изложены особо, въ началѣ „Mutterrecht“: pp. I—XXVIII.

[2]) Вооруженное сопротивленіе женщинъ Бахофенъ видитъ въ миѳѣ о Беллерофонѣ, сообщенномъ Плутархомъ (Mutterrecht; § 6). Примѣрныхъ доказательствъ гинекократіи приводятъ еще нѣсколько; особенно, любятъ цитировать ликійскіе миѳы, разсказанные Геродотомъ, легенду о царствѣ амазонокъ и т. д.

[3]) Бахофенъ не упоминаетъ о томъ, какова была форма брака при гинекократіи.

Digitized by Google

сторонѣ женщинъ; въ религіи женщины находили солидное подспорье своей власти надъ мужчинами [1]).

Вопросъ о томъ, можно-ли считать гинекократію однимъ изъ общихъ фазисовъ развитія первобытныхъ семейныхъ отношеній, — очень спорный. Большинство ученыхъ, которымъ доводилось высказываться по поводу трудовъ Баховена, отвѣчали на предложенный вопросъ отрицательно. Такъ, Джонъ Леббокъ (l. c., стр. 72) поставлялъ на видъ отсутствіе какихъ-либо дѣйствительныхъ фактовъ борьбы между двумя полами, подтверждающихъ гипотезу Бахофена. Что-же касается миѳологіи, то и въ этомъ отношеніи, по словамъ Жиро-Телоня [2]), не было достаточно данныхъ, чтобы придать гинекократіи общекультурное значеніе; если-же и имѣются общины, гдѣ женщины пользуются особыми преимуществами, то, по всей вѣроятности, это есть явленіе исключительное. Еще также М. Леннанъ считаетъ предположеніе Бахофена о борьбѣ женщинъ съ мужчинами совершенно неправдоподнымъ [3]). На основаніи всего сказаннаго, едва-ли представляется возможнымъ при настоящихъ свѣдѣніяхъ о гинекократіи считать ее явленіемъ универсальнымъ, слѣдующимъ за гетеризмомъ. Теперь посмотримъ, къ чему приводятъ выводы ученыхъ, опирающихся на экзогамію.

2) *Экзогамія.* Макъ-Леннанъ (prim. mar., p. 165) объясняетъ обычай обращаться за женщинами къ дру-

---

[1]) Гинекократическій періодъ религіи именуется лунным, теллурическимъ (поклоненіе земнымъ силамъ); иначе религіозную систему, въ которой женщина представляется силой воспроизводящей и господствующей, называютъ *системой Деметровой* (Γῆ — μητής — кормилица земля). *Bachofen*, ibid, XIX; *Giraud-Teulon*, La mère etc., p. 10.

[2]) *G. Teulon*, La mère etc., p. 7. Отрицая универсальность гинекократіи, Телонь допускаетъ возможность ея существованія у многихъ расъ, кромѣ индо-европейской.

[3]) *M. Lennan*, Studies, p. 418 и слѣд. Idem *Kautsky*, Kosmos, 342.

Digitized by Google

гому племени, недостаткомъ женщинъ среди туземнаго племени, а этотъ недостатокъ происходитъ, по его мнѣнію, отъ того, что первобытные люди очень часто убиваютъ новорожденныхъ дѣвочекъ. Женщины менѣе способны добывать себѣ пищу, чѣмъ мужчины; по воззрѣнію дикарей, онѣ составляютъ бремя для общины, — вотъ на этомъ основаніи и убиваютъ дѣвочекъ. Обычай умерщвленія дѣвочекъ (female enfanticide) привелъ къ тому, что женщины сдѣлались рѣдкими внутри племени и мужчины стали похищать себѣ женъ изъ другаго племени. Такимъ образомъ М. Леннанъ объясняетъ возникновеніе древнѣйшей формы брака — похищеніе женщинъ (form of capture).

Леббокъ (l. c., стр. 72, 76) воспользовался этимъ объясненіемъ Леннана и сдѣлалъ изъ него попытку опредѣлить появленіе индивидуальнаго брака. Положимъ, группа первобытныхъ людей живетъ въ безпорядочномъ сожитіи; какой-нибудь воинъ захватываетъ, въ видѣ добычи, дѣвушку у враждебнаго племени. Едва-ли нужно доказывать, говоритъ Леббокъ, что воинъ можетъ предъявить исключительное право и даже пойти противъ обычая [1]) Съ теченіемъ времени, несомнѣнныя выгоды для мужчины и женщины отъ индивидуальнаго брака сравнительно съ гетеризмомъ (привязанность другъ къ другу, лучшее здоровье дѣтей и т. под.) способствуютъ распространенію индивидуальнаго брака посредствомъ экзогаміи (сначала въ формѣ дѣйствительнаго, а потомъ въ формѣ фиктивнаго похищенія).

---

[1]) Однако, если признать первой стадіей семейныхъ отношеній, согласно Леббоку, оформленный гетеризмъ — коммунальный бракъ, то слѣдуетъ допустить, что на дѣвушку, отнятую отъ непріятеля, могли предъявить права всѣ мужчины; она не могла поступить въ исключительное обладаніе воина. Это противорѣчіе подмѣчено Леннаномъ (Studies, com mar.). Леннанъ указываетъ на него, какъ на доказательство, а contrario за отсутствіе коммунальнаго брака.

Digitized by Google

Хотя теперь обычаю умерщвленія дѣвочекъ не придаютъ того значенія, какое ему приписывали Леннанъ и Леббокъ [1]), тѣмъ не менѣе многіе изслѣдователи считаютъ экзогамію *вспомогательнымъ* средствомъ исхода изъ гетеризма [2]). Спенсеръ замѣчаетъ, что скорѣе экзогамія, чѣмъ эндогамія, — спутникъ самаго грубаго варварства [3]). А то монопольное пользованіе женщиною, которое дѣлаетъ изъ нея жену (въ единственномъ смыслѣ, какой только извѣстенъ дикарю) является результатомъ успѣшнаго насилія (стр. 690). Значитъ, и захватъ женщинъ былъ однимъ изъ раннихъ способовъ индивидуальнаго обладанія ими.

Наконецъ, есть писатели, которые поставляютъ выходъ изъ гетеризма въ зависимость отъ развитія иныхъ факторовъ культуры. Можно надѣяться, что эта гипотеза будетъ имѣть успѣхъ; но, пока-что, она мало еще разработана. Ее и выразить иначе нельзя, какъ въ черезчуръ общей формѣ:

3) *Одно изъ условій успѣшной борьбы за существованіе* кроется въ постоянствѣ семейныхъ отношеній. Такъ, Жиро-Телонь (Origines, 138) предлагаетъ обратить вниманіе на улучшеніе экономическихъ условій, какъ на важную причину образованія индивидуальной семейной жизни въ первоначальной ордѣ. Позднѣе Спенсеръ

---

[1]) Истребленіе дѣвочекъ не можетъ быть причиной экзогаміи по слѣдующимъ причинамъ: 1) численное отношеніе половъ уравновѣшивается бо́льшею смертностью мальчиковъ, 2) первобытныя общества ведутъ постоянныя войны; слѣдовательно, часто лишаются мужчинъ, 3) избіеніе дѣвочекъ, практикуемое во всѣхъ племенахъ, скорѣе затрудняетъ, а не облегчаетъ экзогамію и 4) экзогамія бываетъ и тамъ, гдѣ имѣется излишекъ въ женщинахъ (многоженство).

[2]) *Post*, Grundlagen, p. 203.

[3]) Экзогамія характеризуетъ болѣе мирныя племена, враждебность которыхъ съ другими уже ослабѣла; она представляетъ спутника болѣе высокихъ формъ семьи. Спенсеръ, стр. 696. Letourneau, l. c., p. 357.

Digitized by Google

придаетъ особенное значеніе обстоятельствамъ, способствовавшимъ общественному самосохраненію, благосостоянію взрослыхъ людей и ихъ потомства. Далѣе, Вилькенъ, по замѣчанію Н. З. (От. Зап., 159), смотритъ на индивидуальный бракъ, какъ на естественный подборъ, который впослѣдствіи окончательно занимаетъ мѣсто стараго гетеризма: мужчина самъ-другъ съ женою имѣетъ болѣе шансовъ въ борьбѣ за существованіе, чѣмъ одинокій человѣкъ, дѣти отъ брака индивидуальнаго наслѣдуютъ склонность къ такому-же браку и т. д. Наконецъ, по мнѣнію Зибера и (Очерки, 366), выходъ изъ гетеризма обусловливается, главнымъ образомъ, вліяніемъ непрерывнаго возростанія прикрѣпленія къ осѣдлости при помощи земледѣлія.

Въ заключеніе, укажемъ на нѣкоторыя явленія, которыя объясняются, въ качествѣ переживаній гетеризма.

III. *Переживанія гетеризма.* Хотя мы не умѣемъ еще теперь вполнѣ точно опредѣлить, какимъ образомъ возникали постоянныя семейныя отношенія взамѣнъ безпорядочнаго сожительства, тѣмъ не менѣе есть основаніе предположить, что они развивались довольно медленно. Въ подтвержденіе этой мысли ссылаются на многочисленные обычаи древнихъ народовъ и современныхъ неразвитыхъ людей, — такіе обычаи, которые свидѣтельствуютъ намъ объ остаткахъ гетеризма, довольно долго держащихся на ряду съ возникшей семейной жизнью. По объясненію Жиро-Телоня, первобытная религія, — покровительница гетеризма, — не скоро перешла на сторону новаго порядка. И первое время постоянныя семейныя отношенія считались чѣмъ-то въ родѣ религіознаго преступленія, гетеризмъ-же защищался религіей [1]). У разныхъ народовъ гетеризмъ продолжалъ

---

[1]) *G. Teulon*, Origines, 62—65. *Бахофенъ* въ своемъ изслѣдованіи die Sage von Tanaquil (стр. XXII и др.) также указываетъ на медлен-

Digitized by Google

существовать въ разнообразныхъ видахъ. Ради примѣра приведемъ нѣсколько обычаевъ.

То, что теперь называютъ искупленіемъ за бракъ (expiation for marriage) есть ничто иное, какъ извѣстное пожертвованіе за уклоненіе отъ гетеризма [1]). Напримѣръ, женщины, живущія среди нѣкоторыхъ примитивныхъ племенъ, обязаны предаваться извѣстное время гетеризму, прежде чѣмъ выйти замужъ. У другихъ племенъ женщины платятъ опредѣленную дань цѣлому племени за право выйти замужъ. Во многихъ мѣстахъ вовсе не считается постыднымъ для женщины торговать собою съ цѣлью приготовить приданое; напротивъ того, охотнѣе всего берутъ замужъ дѣвушекъ, доставшихъ приданое путемъ проституціи [2]).

Иногда попадается такое странное явленіе: замужнія женщины пользуются значительно меньшимъ почетомъ, сравнительно съ гетерами. Это объясняютъ тѣмъ, что жена, будучи чужеземкой, захваченной въ плѣнъ, по своему положенію считается рабыней, между тѣмъ какъ туземная женщина, не вышедшая замужъ, свободна [3]).

И такъ, во многихъ мѣстахъ первобытная семья на первыхъ порахъ сосуществовала съ гетеризмомъ. Теперь разсмотримъ еще одинъ вопросъ: въ какомъ-же

ную перемѣну религіозныхъ вѣрованій при переходѣ непостоянныхъ брачныхъ отношеній въ постоянныя.

[1]) *G. Teulon*, Origines, 71; *Post*, Bausteène, 92—94; *Леббокъ*, 90 и мн. др.

[2]) Почти у всѣхъ этнологовъ приводится также, въ видѣ примѣра искупленія за бракъ, извѣстное *jus primae noctis*. Но въ 1881 году нѣмецкій юристъ Карлъ *Шмидтъ* утверждалъ, что все сказаніе объ этомъ явленіи вымышлено въ концѣ XV или въ началѣ XVI вѣка (Schmidt, jus primae noctis, p. 379). Однако contra *Post*, Grundlangen, 195 и др.

[3]) Множество другихъ примѣровъ имѣется во всѣхъ изслѣдованіяхъ, касающихся гетеризма.

Digitized by Google

видѣ представляютъ себѣ изслѣдователи возникшія постоянныя семейныя отношенія?

IV. *Типы первобытнаго брака.* По этому вопросу можно подмѣтить двоякое направленіе: одни изъ писателей признаютъ нѣкоторые типы брака общими, обязательными фазами развитія, а другіе разсматриваютъ ихъ въ отдѣльности. Такимъ образомъ, имѣются двѣ гипотезы: 1) гипотеза обязательнаго перехода чрезъ извѣстные типы и 2) гипотеза независимаго развитія отдѣльныхъ типовъ.

1) *Гипотеза обязательнаго перехода чрезъ извѣстные типы* не пошла въ ходъ. М.—Леннанъ склоненъ думать, что вторая универсальная стадія семейныхъ отношеній, слѣдующая за гетеризмомъ, есть поліандрія. Вотъ, что онъ говоритъ (Studies, 166): такъ часто во многихъ странахъ, у такого множества племенъ и въ такихъ фазахъ послѣдовательнаго развитія встрѣчается поліандрія, что съ большою вѣроятностью она можетъ занять выдающееся мѣсто среди явленій на болѣе ранней ступени прогреса человѣчества. И возникаетъ повсюду поліандрія, согласно Леннану, по той-же причинѣ, которой обязана бываетъ экзогамія: обычай умерщвлять дѣвочекъ приводитъ одновременно къ поліандріи внутри племени и воровству женщинъ у другаго племени.

Соображенія Леннана о повсемѣстномъ появленіи поліандріи неубѣдительны, такъ какъ убіеніе дѣвочекъ, какъ мы видѣли, не всегда вызываетъ въ первобытныхъ обществахъ замѣтную разность въ численности между обоими полами.

2) *Гипотеза самостоятельнаго развитія отдѣльныхъ типовъ* имѣетъ много сторонниковъ. Наиболѣе виднымъ представителемъ ея является Спенсеръ. Указавъ предварительно на неопредѣленность семейныхъ отношеній на первой стадіи ихъ существованія, Спенсеръ

Digitized by Google

говоритъ, что одинъ изъ способовъ прогресса состоитъ въ уменьшеніи этой неопредѣленности. Три главные типа брака—поліандрія, полигенія и моногамія—представляются первое время крайне неустойчивыми; всѣ они близко граничатъ съ безпорядочнымъ половымъ сожительствомъ. И только постепенно они совершенствуются, благодаря разнымъ условіямъ, благопріятствующимъ общественному самосохраненію, выращиванію дѣтей и жизни взрослыхъ людей. Далѣе, по очереди Спенсеръ разсматриваетъ развитіе этихъ типовъ брака.

а) *Поліандрія* (стр. 709—719). Самая первичная форма многомужества, когда одна жена имѣетъ нѣсколько мужей, а каждый мужъ имѣетъ, въ свою очередь, нѣсколько женъ,—эта форма очень мало отличается отъ гетеризма. Затѣмъ, большею устойчивостью обладаетъ слѣдующая форма, при которой нѣсколько мужей имѣютъ лишь одну жену. Далѣе, еще большая опредѣленность замѣчается въ сожительствѣ нѣсколькихъ родственниковъ съ одною женщиной. И наконецъ, самая совершенная форма поліандріи признается въ томъ случаѣ, когда мужья одной жены суть братья между собою. Поліандрія развилась и продолжаетъ существовать (хотя и рѣдко гдѣ) въ безплодныхъ странахъ, такъ какъ многомужество сдерживаетъ населеніе, а чѣмъ меньше дѣтей, тѣмъ легче ихъ вскармливать.

б) *Полигенія* (стр. 720—734)—болѣе обыкновенный исходъ изъ гетеризма, сравнительно съ поліандріей. Люди, добившіеся превосходства надъ своими соплеменниками, благодаря тѣлесной силѣ и душевной энергіи, имѣютъ возможность обезпечить за собою большее число женщинъ, путемъ-ли похищенія ихъ у другихъ племенъ, или посредствомъ отнятія ихъ у мужчинъ собственнаго племени. Не говоря уже о гетеризмѣ, полигенія имѣетъ не мало преимуществъ сравнительно съ поліандріей. Напримѣръ, при существованіи нѣсколькихъ женъ-работ-

Digitized by Google

ницъ успѣшнѣе можетъ быть раздѣленіе труда; дѣти, рожденныя при многоженствѣ, знаютъ ихъ родителей и тѣснѣе сплочены съ ними и т. д.

в) *Моногамію* (стр. 735—742) въ зачаточномъ видѣ можно замѣтить еще въ самыхъ первобытныхъ обществахъ, въ которыхъ преобладаетъ гетеризмъ; но тамъ моногамія отличается крайнею неустойчивостью, потому что сильнѣйшій человѣкъ можетъ во всякое время отнять жену у слабѣйшаго. И только мало по малу пролагаетъ себѣ путь среди людей постоянная моногамія при помощи многихъ обстоятельствъ, содѣйствовавшихъ ея развитію. Такъ, когда развилось понятіе о правѣ собственности и женъ начали покупать, то и мужья стали болѣе дорожить тѣми женами, которыя трудомъ доставались. Точно также моногамія значительно поддерживалась вслѣдствіе ея благотворнаго вліянія на жизнь самихъ взрослыхъ людей и ихъ потомства.

Такимъ образомъ, мы познакомились съ нѣкоторыми вопросами изъ ученія о развитіи первобытныхъ семейныхъ отношеній въ томъ видѣ, въ какомъ ихъ представляютъ новѣйшіе изслѣдователи. Въ болѣе подробный разборъ организаціи первобытной семьи и послѣдующей исторіи ея намъ нѣтъ нужды вдаваться, такъ какъ приведенный конспектъ составленъ для того, чтобы показать новѣйшую научную постановку тѣхъ вопросовъ, съ которыми мы встрѣтимся при дальнѣйшемъ изложеніи. А теперь взглянемъ на результаты изученія первобытнаго родства.

Б) Развитіе родственныхъ отношеній.

Вопросы о первобытномъ родствѣ нашли себѣ обстоятельную разработку въ трудахъ тѣхъ-же изслѣдователей, которыхъ интересовала организація первобытной семьи. По этому поводу намѣчены уже системы родства,

Digitized by Google

послѣдовательно смѣнявшія другъ друга, равно какъ и выраженъ общій взглядъ на ходъ развитія родственныхъ отношеній.

I. Послѣдовательныя системы родства. Въ примитивныхъ группахъ людей не замѣчается родства въ современномъ значеніи этого слова, т. е. взаимныя отношенія между индивидами не опредѣляются съ точки зрѣнія ихъ общаго происхожденія. Этнологи находятъ тамъ лишь понятіе о принадлежности къ цѣлому племени, которое нѣкоторые называютъ, въ противоположность нашему представленію о родственныхъ отношеніяхъ (индивидуальному родству), родствомъ по племени или племеннымъ родствомъ. [1]) Далѣе, индивидуальное родство слѣдуетъ въ своемъ развитіи общему закону прогресса: постепенно обособляются отдѣльныя родственныя отношенія. И это обособленіе происходитъ въ такомъ порядкѣ: сначала по женской линіи, затѣмъ по линіи мужской и, наконецъ, по той и другой линіямъ.

1) *Родство по женской линіи* по общему признанію ученыхъ, подводившихъ итоги всѣмъ извѣстнымъ родственнымъ отношеніямъ первобытныхъ людей, предшествуетъ родству по мужской линіи. На первыхъ порахъ, полагаютъ этнологи, существуетъ родство по матери, а родство по отцу или агнатическое родство является впослѣдствіи. Въ фактическихъ данныхъ, дѣйствительно, нѣтъ недостатка (въ любомъ изъ помянутыхъ литературныхъ произведеній можно найти множество примѣровъ), но спрашивается: въ чемъ-же кроется причина этого явленія, каковы его послѣдствія и можно-ли признать его универсальнымъ?

а) Приводятъ такую основательную *причину* ранняго возникновенія родства по матери. Уже a priori нельзя

---

[1]) *G. Teulon*, Origines, 216, 281. *Post*, Grundlagen, 88 и мн. др.

Digitized by Google

не видѣть, что во всякомъ случаѣ гораздо нагляднѣе опредѣляется естественное происхожденіе дѣтей отъ матери, чѣмъ отъ отца ихъ [1]). А это обстоятельство имѣетъ особенно важное значеніе въ первобытныхъ группахъ людей, гдѣ преобладаетъ гетеризмъ, такъ какъ при гетеризмѣ извѣстно лишь происхожденіе отъ матери, отецъ-же остается неизвѣстнымъ. Слѣдовательно, и отправнымъ пунктомъ примитивной системы индивидуальнаго родства должно быть происхожденіе отъ матери, а не отъ отца.—Въ гетерическихъ группахъ признается родство исключительно по женской линіи, а существуетъ-ли оно при различныхъ типахъ первобытнаго брака—нерѣшенный вопросъ. Леннанъ полагаетъ, что при низшихъ формахъ поліандріи, мало ушедшихъ отъ гетеризма, дѣти принадлежатъ матери, а при высшихъ формахъ—старшему брату. Леббокъ допускаетъ также при многоженствѣ родство по матери.

б) *Послѣдствія* опредѣленія родства только по матери сказываются въ различныхъ явленіяхъ. Первичный семейный союзъ имѣетъ видъ союза родственниковъ, сгруппированныхъ около одной матери, а такъ какъ отецъ остается въ неизвѣстности, то по смерти его обыкновенно ему наслѣдуетъ не его сынъ, а сынъ сестры покойнаго, т. е., имущество переходитъ по женской линіи; точно также имя матери приводится для опредѣленія преемственности поколѣній. Единственный человѣкъ, который развѣ иногда, въ смыслѣ семейнаго патріарха, locum patris obtinet, — родной дядя со стороны матери; онъ, вѣдь, состоитъ въ явномъ родствѣ съ матерью и ея дѣтьми. Еще надо сказать, въ раннюю пору постоянной семейной жизни запретъ браковъ между родствен-

---

[1]) Напр. *Bachofen*, Mutterrecht, X; *G. Teulon*, La mère, 17; Origines, 54: la maternité est tojours une donnée indiscutable et la seule.

Digitized by Google

никами опредѣляется иногда по женской линіи (напр. Леббокъ, 111, Lippert, 19, и др.).

в) Что касается *универсальнаго значенія* родства исключительно по женской линіи, то, какъ вѣрно замѣчаетъ Постъ [1]), вопросъ о томъ, можно-ли считать сказанную систему родства всеобщей примитивной системой, зависитъ отъ характеристики первичной стадіи семейныхъ отношеній. Тѣ ученые, которые допускаютъ на первой ступени цивилизаціи преобладаніе гетеризма, признаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и соотвѣтствующее значеніе за родствомъ дѣтей съ ихъ матерью и т. д. [2]).

2) *Родство по мужской линіи* есть достояніе первобытныхъ племенъ, нѣсколько подвинувшихся впередъ въ цивилизаціи сравнительно съ тѣми обществами, въ которыхъ имѣется родство исключительно по женской линіи. Это предположеніе единогласно принимается всѣми изслѣдователями, сравнивавшими ту и другую систему первобытнаго родства. При этомъ, а) многими изслѣдователями констатируется переходная ступень отъ материнства къ отечеству. Далѣе, б) этнологи стараются выяснить, какимъ образомъ родство по отцу явилось на смѣну родства по матери; в) они указываютъ также на обычаи, выражающіе признаніе дѣтей ихъ отцомъ, равно какъ и г) на формы брака, при которыхъ это родство существовало.

а) *Переходная стадія* отъ материнства къ отчеству предполагается у большей части этнологовъ [3]). Въ те-

---

[1]) *Post*, Bausteine, 80.

[2]) Положеніе этой системы родства въ древнихъ классическихъ странахъ съ точки зрѣнія современныхъ ученыхъ нами будетъ упомянуто, когда мы будемъ говорить спеціально о римскомъ допатріархальномъ бытѣ.

[3]) *M. Lennan*, Studies, 235; *Post*, Grundlagen, 100; *Dargun*, 17 и мн. др.

Digitized by Google

ченіе этого посредствующаго періода, на ряду съ прокладывавшимъ себѣ дорогу агнатическимъ родствомъ, продолжало имѣть старое значеніе и родство по матери. Переходная ступень существуетъ до тѣхъ поръ, пока отчество не вытѣсняетъ окончательно материнство.

б) *Мотивы перехода* отъ одной системы родства къ другой, надо сознаться, до сихъ поръ еще вполнѣ не опредѣлены. Однако нельзя сказать, что изслѣдователи отказываются объяснить возникновеніе отчества. Приведемъ наиболѣе извѣстныя объясненія. Первое объясненіе высказано Бахофеномъ, приписывающимъ замѣну родства по матери агнатическимъ родствомъ такому абстрактному перевороту, который выразился въ одержаніи побѣды духовной природы человѣка надъ его физической природой. Второе объясненіе ставитъ появленіе агнатства въ зависимость отъ развитія права собственности. Третье сосредоточивается на значеніи экономическихъ потребностей.

α) *Побѣда духовной человѣческой природы надъ физическою*, по Бахофену, обозначилась перемѣной одной древней религіи на другую; именно, матеріальный періодъ религіи [1]), соотвѣтствовавшій, по мнѣнію Бахофена, материнскому главенству въ семьѣ, уступилъ мѣсто не матеріальному или духовному періоду [2]). Въ теченіе перваго періода религія покровительствовала власти женщинъ и на дѣтей смотрѣла какъ на исключительную принадлежность матери, а во второмъ періодѣ религія перешла на сторону отеческой власти; настоящимъ родителемъ былъ признанъ отецъ ребенка, а мать прослыла

---

[1]) Авторъ не скупится на плеоназмы для характеристики того-же періода; иначе онъ называетъ его теллурическимъ, хтоническимъ, луннымъ.

[2]) Этотъ-же періодъ именуется авторомъ аполлоническимъ, солнечнымъ.

Digitized by Google

простою кормилицей. Сначала женщины, будто-бы, сопротивлялись этому порядку, а потомъ сами-же стали поборницами новой идеи.

Приведенное объясненіе Бахофена заслуживаетъ такого-же вѣроятія, какъ и его гипотеза о быломъ существованіи повсемѣстной гинекократіи. Кромѣ того, это объясненіе довольно неопредѣленно, а потому и неудачно [1]).

Но немного опредѣленнѣе, слѣдуетъ сказать, догадки другихъ этнологовъ. Довольно распространена слѣдующая гипотеза.

β) Появленіе отеческаго родства ставится въ зависимость *отъ развитія идеи индивидуальной собственности.* Подробнѣе другихъ эту мысль иллюстрируетъ Жиро—Телонь (origines, 142—179). Вотъ, его соображенія.

При гетеризмѣ дѣти считаются принадлежностью матери, а однимъ изъ раннихъ способовъ возникновенія индивидуальнаго брака является захватъ женщинъ на войнѣ, въ качествѣ добычи. Военноплѣнная становится рабою побѣдителя; она находится въ его исключительной собственности и дѣти ея принадлежатъ господину, т. е., отцу своему. Затѣмъ, кромѣ военнаго захвата пріобрѣтаютъ еще женщинъ посредствомъ покупки. Если мужъ уплачиваетъ требуемою сумму денегъ (скотъ) за жену, то онъ можетъ увести ее къ себѣ домой; въ этомъ случаѣ онъ признается полнымъ хозяиномъ жены и дѣтей своихъ [2]). Случается и такъ, что мужъ, который не въ состояніи бываетъ платить опре-

---

[1]) *Леббокъ* (стр. 112) и *М—Леннакъ* (studies, 413—420), не отрицая заслугъ Бахофена, въ качествѣ писателя, впервые прочно поставившаго гипотезу о томъ, что родство по матери предшествовало оттчеству, находятъ помянутое объясненіе неестественнымъ.

[2]) *Post*, Grundlagen, 97, также полагаетъ, что первыя дѣти признанныя отцомъ, были дѣтьми рабыни.

Digitized by Google

дѣленную цѣну за жену, поступаетъ работникомъ въ семью ея; въ такомъ разѣ родственники жены смотрятъ на него, какъ на раба. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ первый ребенокъ разсматривается собственностью дяди со стороны матери (какъ прибавка къ покупной суммѣ за мать) и тогда, когда жена живетъ въ домѣ мужа. Вообще, въ патріархальной семьѣ, гдѣ существуетъ главенство мужа, отношенія между отцемъ и дѣтьми опредѣляются не взаимною любовью, а превосходствомъ физической силы.

Таже мысль замѣчается въ объясненіи Леббока (стр. 112) и Моргана (ancient society, 470). Эти ученые обращаютъ вниманіе на наслѣдственную передачу имущества: у всякаго собственника есть естественное желаніе оставить имущество *своимъ* дѣтямъ; отсюда и признаніе собственныхъ дѣтей.

Наконецъ, недавно Зиберъ предложилъ разсматривать переходъ отъ материнства къ отчеству въ связи съ *экономическими потребностями* первобытныхъ людей.

γ) *Прикрѣпленіе земледѣльца* къ одному мѣсту жительства влечетъ за собою, по мнѣнію Зибера, постоянство въ семейныхъ отношеніяхъ, извѣстность происхожденія ребенка и вмѣстѣ съ этимъ замѣну женской филіаціи мужскою [1]). А помянутое прикрѣпленіе происходитъ такимъ образомъ. Въ эпоху бродячей жизни одноименныя родовыя группы разбросаны по всей странѣ, такъ что по сосѣдству живутъ разноименныя группы. Такое состояніе, говоритъ Зиберъ, не можетъ быть долговѣчнымъ, если ему не благопріятствуютъ самыя условія природы: большое плодородіе почвы и т. д. Въ обыкновенныхъ-же случаяхъ, по мѣрѣ того, какъ экономическія потребности прикрѣпляютъ земледѣльца къ одному мѣсту,

---

[1]) *Зиберъ*, очерки, 351—368.

Digitized by Google

сосѣдскія или территоріальныя отношенія берутъ верхъ надъ отношеніями родовыми. Земли разноименныхъ сосѣдскихъ группъ при посредствѣ передѣловъ сливаются въ одно цѣлое, политическая власть замѣняетъ родовую, мужъ, привязанный къ землѣ, перестаетъ ходить въ родъ жены, а беретъ ее въ свой родъ, бракъ становится болѣе постояннымъ, происхожденіе отъ отца дѣлается извѣстнымъ, и мужская филіація выступаетъ на мѣсто женской. На долю женщины выпадаютъ однѣ домашнія работы и соединенное съ ними угнетенное положеніе въ обществѣ.

в) Касательно *способовъ признанія отцомъ дѣтей своими* слѣдуетъ замѣтить, что по этому поводу собрано нѣсколько любопытныхъ данныхъ. Стоитъ, напримѣръ, указать на довольно распространенный обычай, который называется *faire la couvade*. Этотъ обычай состоитъ въ томъ, что немедленно послѣ появленія на свѣтъ ребенка самъ отецъ симмулируетъ рожденіе дитяти; онъ дѣлаетъ видъ, какъ будто-бы онъ только что произвелъ на свѣтъ потомство: притворяется больнымъ и требуетъ такого-же попеченія, какое необходимо для настоящей роженицы. Обычаи подобнаго рода, вѣроятно, имѣютъ въ виду констатировать родство отца съ сыномъ, по возможности, болѣе нагляднымъ способомъ. Вѣдь, природа указываетъ на кровную связь ребенка съ матерью, а родство по отцу есть юридическая фикція. Вотъ, la couvade и представляетъ собою одно изъ самыхъ грубыхъ проявленій юридической фикціи [1]).

г) Родство по мужской линіи безусловно возможно при двухъ *типахъ брака*: полигеніи и моногаміи. Каса-

---

[1]) *Ploss*, Das Kind in Brauch und Sitte der Völker, 1876, pp. 125—142. La couvade поддерживалась также благодаря суевѣрію: сказаннымъ поступкомъ отецъ приноситъ благосостояніе всей семьѣ. *G. Teulon* 148; *Леббокъ*, 113.

Digitized by Google

тельно поліандріи, мы видѣли, есть предположеніе, что при низшихъ формахъ поліандріи родство исчисляется по матери, а при высшихъ формахъ (сожительство нѣсколькихъ братьевъ съ одною женщиною) всѣ дѣти принадлежатъ старшему брату [1]) или распредѣляются между братьями по очереди: первенецъ — старшему брату, второй ребенокъ — слѣдующему брату по старшинству и т. д.

3) *Родство по отцу и по матери* или когнатическое родство неизвѣстно первобытнымъ обществамъ. Много времени прошло до того момента, когда ребенокъ былъ признанъ одинаково близкимъ отцу и матери.

Въ заключеніи конспекта первобытнаго родства намъ слѣдуетъ упомянуть еще объ общемъ взглядѣ на ходъ развитія родственныхъ отношеній.

II) *Ходъ развитія родственныхъ отношеній*, по гипотезѣ Леббока (115 — 145), былъ постоянно прогрессивный. Къ этому заключенію Леббокъ пришелъ при повѣркѣ выводовъ своего соотечественника, Льюиса Моргана. Морганъ, собравшій, нѣсколько сотъ понятій нецивилизованныхъ людей о родствѣ, раздѣлилъ всѣ понятія о родствѣ на двѣ системы: систему классовъ и описательную систему. Система классовъ группируетъ родственниковъ въ извѣстные классы; каждый классъ имѣетъ спеціальное названіе: классъ отцовъ, братьевъ и т. д. Этимъ названіемъ обозначается всякій, принадлежащій къ классу. Описательная система не классифицируетъ родственниковъ, а характеризуетъ описательнымъ обозначеніемъ каждое родственное отношеніе [2]). Вотъ, Леббокъ, разсматривая способъ, какимъ возникли различныя системы родства, располагаетъ номенклатуру

---

[1]) *M. Lennan*, Studies, 163, смотритъ на главенство старшаго брата, какъ на историческій прецедентъ patriae potestatis.

[2]) *Morgan*, Systems of consanguinity, p. 468 etc.

Digitized by Google

первобытнаго родства въ такомъ порядкѣ, чтобы можно было видѣть постепенную дифференціацію понятій. Напримѣръ, слово мать у нѣкоторыхъ племенъ обозначаетъ и сестру матери, подъ именемъ брата разумѣется и сынъ брата, а въ болѣе развитыхъ системахъ сестра матери именуется теткой, сынъ брата — племянникомъ и т. д. [1]). При этомъ Леббокъ путемъ обратнаго сопоставленія тѣхъ-же системъ родства показываетъ непригодность гипотезы деградаціи, перехода отъ раздѣльной къ слитной номенклатурѣ. Приходится, слѣдовательно, допустить гипотезу прогресса.

Приведеннымъ краткимъ обзоромъ результатовъ новѣйшихъ изслѣдованій развитія первобытныхъ семейныхъ и родственныхъ отношеній вообще мы оканчиваемъ первый отдѣлъ нашего этюда. Теперь намъ предстоитъ познакомиться съ современной постановкой римскаго допатріархальнаго быта. Въ новой литературѣ высказано въ настоящее время множество замѣчаній противъ распространеннаго убѣжденія въ томъ, что римская патріархальная семья есть исконное явленіе. Мы и попробуемъ свести въ одно цѣлое разроненныя возраженія противъ общепринятаго мнѣнія, а также, быть можетъ, намъ удастся найти нѣсколько новыхъ слѣдовъ древне-римскаго материнства.

---

[1]) По догадкѣ *Лавровскаго*, — Коренное значеніе въ названіяхъ родства у славянъ, стр. 50,—до XVII вѣка и у насъ подъ именемъ племянника разумѣлся родственникъ вообще. Племя — въ древнерусскомъ языкѣ совокупность всѣхъ лицъ, сознающихъ единство происхожденія.

Digitized by Google

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ

Римскій допатріархальный бытъ.

Писатели, которые посягаютъ на распространенное убѣжденіе въ томъ, что патріархальная семья есть прототипъ семейной организаціи вообще, не могутъ, конечно, отрицать ранняго появленія таковой семьи въ Римѣ; на первыхъ-же порахъ римской исторіи въ домашней жизни встрѣчается главенство patris familias. Но эти писатели стараются подмѣтить существованіе материнства еще въ до-историческомъ Римѣ у тѣхъ народовъ, которые вошли въ составъ римскаго государства; вмѣстѣ съ этимъ они указываютъ и на остатки прежняго порядка, сохранившіеся на ряду съ патріархальной семьей въ начальный періодъ римскаго государства. Такимъ образомъ, при группировкѣ свѣдѣній о семьѣ, предшествовавшей патріархальной фамиліи, лучше всего порознь разсмотрѣть двѣ эпохи: до начала римскаго государства и начальную эпоху римскаго государства.

А) Эпоха до начала римскаго государства.

Благодаря значительнымъ успѣхамъ сравнительной филологіи и миѳологіи, историкамъ за послѣднее время

Digitized by Google

удалось нѣсколько освѣтить темныя извѣстія о народахъ, которые, по словамъ классическихъ писателей, въ старину глубокую жили на мѣстѣ римскаго государства. Теперь ученые полагаютъ, что, буде не всѣ, то, по крайней мѣрѣ, большая часть этихъ народовъ принадлежала къ арійскому племени [1]). Такъ, если допустить, по Швеглеру [2]), что римскій народъ образовался преимущественно изъ сліянія латиновъ, сабиновъ и этрусковъ, то полная достовѣрность арійскаго происхожденія, надо сказать, признается за первыми двумя народами [3]), неполная достовѣрность имѣется на сторонѣ этрусковъ [4]).

Прежде чѣмъ начать рѣчь о миѳологическихъ указаніяхъ на семейныя и родственныя отношенія италійскихъ племенъ, мы обратимъ вниманіе на семейную организацію прародителей помянутыхъ племенъ, самихъ аріевъ. Намъ интересно познакомиться съ этимъ вопросомъ по слѣдущей причинѣ. Одни изслѣдователи полагаютъ, что у аріевъ съ незапамятныхъ временъ существовала патріархальная семья и агнатическое родство; тоже самое они замѣчаютъ и у народовъ арійской расы, перешедшихъ изъ Азіи въ Италію. Другіе изслѣдователи относятся скептически къ этимъ предположеніямъ и стараются найти признаки допатріархальной семьи и материнскаго родства какъ у азіатскихъ, такъ и у европейскихъ аріевъ. Правда, одна общность по крови не гарантируетъ общности соціальныхъ явленій (у праро-

---

[1]) *Schwegler*, Röm. Geschichte, 2 изд., I, 194.

[2]) Ibid. p. 195.

[3]) *Mommsen*, Röm. Geschichte 7 изд., I, 10, 30 и слд. *Lange*, Röm. Alterthümer, 3 изд., I, 67. *Schwegler*, l. c., 179, 185.

[4]) *Lange*, l. c., 70. Этрусскія надписи мало сохранились; разобрать ихъ еще не успѣли—вотъ, почему не могутъ окончательно опредѣлить происхожденіе этрусковъ. Разныя мнѣнія (Нибура, Миллера и др.) по этому вопросу сведены у Швеглера (253—273).

Digitized by Google

дителей могли быть одни учрежденія, у потомства другія), но въ виду того, что съ точки зрѣнія гипотезы эволюціи, какъ мы видѣли, агнатическое родство слѣдуетъ за материнскимъ, а не предшествуетъ ему, — можетъ показаться страннымъ такое стеченіе обстоятельствъ: исконное агнатство у азіатскихъ аріевъ (Мэнъ, Ланге и мн. др.) и допатріархальная семья у италійскихъ аріевъ (Бахофенъ и др.). Имѣя въ виду подобное недоразумѣніе, не лишнимъ будетъ сначала посвятить нѣсколько словъ вопросу о семейномъ бытѣ аріевъ, а затѣмъ взглянуть на семейную и родственную организацію народовъ, вошедшихъ въ составъ римскаго государства.

I) Семейный и родственный бытъ аріевъ. Многіе ученые занимались изслѣдованіемъ индусской семьи. И какъ въ законодательныхъ сборникахъ (книгахъ Ману, Яджнавалкьи и др.), такъ и въ ведійскихъ книгахъ (особенно, Ригъ — Веда) они находили прямыя доказательства существованія патріархальной фамиліи. На этомъ основаніи сложилось господствующее убѣжденіе, которое раздѣляютъ не только оріенталисты [1]), но и юристы. Такъ, извѣстный англійскій юристъ Мэнъ говоритъ: въ индійскомъ правѣ, насквозь проникнутымъ первобытными понятіями о семейномъ подчиненіи, родство является исключительно агнатическимъ [2]) Мало этого; Мэнъ вообще признаетъ «тотъ взглядъ на первоначальное состояніе человѣческаго рода, который извѣстенъ подъ именемъ теоріи патріархальнаго быта» [3]). Однако, при-

---

[1]) *Zimmer*, — Altindisches Leben, 1879 г., гл. XII: Familie und Sittlichkeit, p. 305 ff, — начинаетъ описаніе арійской расы съ замѣчанія о благоустройствѣ брака, главенствѣ patrisfamilias и т. д. Тоже *Pictet*, Les origines européennes, 1863 г., II, p. 339.

[2]) *Мэнъ*, Древнее право, стр. 119. Тоже *Lange*, l. c, I, 56; *Rossbach*, Untersuchungen über die röm. Ehe, 198—212 и мн. др.

[3]) *Мэнъ*. ibid., 196. Ту же идею авторъ проводитъ и въ другомъ сочиненіи: Древнѣйшая исторія учежденій, стр. 54.

Digitized by Google

веденное мнѣніе серьезно оспаривается другими англійскими писателями, примѣняющими сравнительный методъ въ болѣе широкихъ размѣрахъ.

Самое существенное возраженіе Мэну состоитъ въ слѣдующемъ. Мэнъ разсматриваетъ человѣка на степени развитія болѣе высокой сравнительно съ первобытнымъ состояніемъ, а между тѣмъ свои заключенія онъ относитъ къ самой первичной стадіи прогресса человѣчества [1]). Кромѣ того, если-бы даже допустить, что индусская семья издревле была патріархальной, то нельзя было-бы признать это явленіе общекультурнымъ, такъ какъ масса дикихъ и полудикихъ племенъ (современныхъ дикарей) вовсе не знаетъ индивидуальнаго брака. Но, повидимому, арійскую семью едва-ли можно считать искони патріархальной. Вотъ, какія соображенія наводятъ на эту мысль.

Большинство изслѣдователей индусской семьи не заявляли о своемъ знакомствѣ съ иной семейной организаціей у другихъ нецивилизованныхъ племенъ; поэтому, имъ не случалось заподозрѣть исконность патріархальной семьи [2]). Только въ недавнее время ученые стали согласовать свѣдѣнія объ арійской семьѣ съ выводами извѣстныхъ намъ изслѣдователей организаціи первобытной семьи вообще. И оказалось, что аріямъ, по всей вѣроятности, были извѣстны семейныя и родственныя отношенія, предшествующія патріархальному быту. Такъ, нѣмецкій ученый Мауг въ нѣсколькихъ мѣстахъ своего изслѣдованія объ индійскомъ наслѣдственномъ правѣ констатируетъ данныя въ пользу предположенія о быломъ гетеризмѣ аріевъ, экзогаміи и т. д. [3]). Затѣмъ,

---

[1]) *M. Lennan*, Studies, 305 прим. *Леббокъ*, стр. 3. *Спенсеръ*, 751—776.

[2]) Если-же имъ попадались намеки на гетеризмъ или поліандрію (*Zimmer*, l. c, 306 и 326), то они оставляли эти явленія, какъ ненормальныя, безъ объясненія.

[3]) *Mayr*, das indische Erbrecht, pp. 73, 161, 163 и др.

Digitized by Google

русскій ученый Всеволодъ Миллеръ [1]) пришелъ къ убѣжденію, что въ ведійскій періодъ у аріевъ была, дѣйствительно, патріархальная семья: но вмѣстѣ съ тѣмъ въ индійскихъ гимнахъ онъ нашелъ не мало намековъ на предшествующій гетеризмъ и материнство; такіе-же намеки авторъ видитъ въ первоначальномъ значеніи санскритскихъ терминовъ семейныхъ и родственныхъ отношеній.

Приведемъ объясненіе нѣкоторыхъ словъ, обозначающихъ родственныя понятія: 1) родство и родственникъ — nabhi (пупъ), слово, указывающее на происхожденіе потомства отъ матери; родство также выражается словомъ, происходящимъ отъ корня bandh (связывать), а самая близкая связь ребенка—связь съ его матерью, 2) древнее названіе сына — sunu отъ корня su — выдавливать, рождать, 3) братъ — bhratar отъ корня bhar — естественный защитникъ семьи. Разумѣется, братъ матери былъ защитникомъ семьи тогда, когда вся семья группировалась около матери. Точно также отецъ — pitar отъ корня pa; въ глубокой древности слово patar употреблялось для обозначенія всякаго, кто являлся хранителемъ; слѣдовательно, это же слово обозначало и дядю, брата матери. Толкованіе санскритскихъ терминовъ, констатирующихъ счетъ родства по женской линіи, можно найти еще у Сокольскаго (Къ ученію объ организаціи и т. д., стр. 11—15), который позаимствовалъ приводимое имъ толкованіе изъ вышеупомянутаго сочиненія Пикте и статьи Куна (zur aeltesten Geschichte der indogermanischen Völker), помѣщенной въ первомъ томѣ этюдовъ Вебера (Indische Studien).

Кромѣ филологическихъ доказательствъ Миллеръ приводитъ и болѣе прямые аргументы: metronymica въ Веддахъ (Очерки, стр. 9), слѣды поліандріи (стр. 16), прозрачный намекъ на то, что теперь называютъ, какъ мы видѣли, искупленіемъ за бракъ (стр. 35), большее уваженіе гетеръ сравнительно съ замужними женщинами (стр. 11); изъ одного діалога между братомъ и сестрой,—сестра Ями предлагаетъ брату Яма вступить съ нею въ половую связь,—авторъ выводитъ, что въ глубокой древности существовали браки между самыми близкими родственниками (стр. 21) и т. под.

Слѣдуя эволюціонной теоріи, Миллеръ допускаетъ,

---

[1]) *Всеволодъ Миллеръ*, очерки арійской миѳологіи, Москва, 1876, гл. 1: Ведійская семья, стр. 1—43.

Digitized by Google

что въ до-ведійскій періодъ [1]) у аріевъ преобладалъ гетеризмъ, а родство считалось по матери [2]).

И такъ, существуетъ основаніе полагать, что у азіатскихъ аріевъ патріархальная семья развилась постепенно изъ предшествующихъ семейныхъ отношеній. Что-же касается европейскихъ отраслей арійской расы, то, надо сказать, сравнительно полныя извѣстія о послѣдовательномъ развитіи семьи и родства сохранились у грековъ. Не безъинтересно, между прочимъ, взглянуть на то, въ какой послѣдовательности представляется это развитіе. Вѣдь, греки да римляне—братья родные.

О родствѣ въ древней Греціи талантливо написанъ М. Леннаномъ спеціальный этюдъ [3]). Леннанъ разсматриваетъ развитіе семейныхъ и родственныхъ отношеній въ Греціи по тремъ періодамъ: 1) періодъ до Гомера. Авторъ находитъ намеки на материнское главенство въ религіи [4]) во многихъ старинныхъ легендахъ и преданіяхъ [5]). И не только у европейскихъ грековъ, но и у

---

[1]) Вотъ, напримѣръ, періодизація исторіи Индіи по Лассену (*Lassen*, Indische Alterthumskunde, I, 353—357): 1) періодъ отъ начала Индіи до 1000 лѣтъ по Р. Х.—Индія независима отъ посторонняго вліянія, и 2) начиная отъ тысячелѣтія по Р. Х.—вліяніе магометанъ и бриттовъ. Затѣмъ, первый періодъ, въ свою очередь, подраздѣляется на 2 эпохи: 1) эпоха до начала буддизма и 2) со временъ буддизма. Наконецъ, и первую эпоху перваго періода предлагаютъ еще дѣлить на ведійскій и до-ведійскій (эпическій) періоды.

[2]) Idem у этнологовъ: *Post*, Grundlagen, 35; *Dargun*, l. c, 13. Послѣ „Очерковъ" В. Миллера въ русской юридической литературѣ вышло изслѣдованіе *Дормидонтова*: Объ отвѣтственности наслѣдниковъ за долги наслѣдователя, 1881 г. Авторъ подробно излагаетъ семейный бытъ индусовъ; но, къ сожалѣнію, онъ незнакомъ съ новыми изслѣдованіями до-патріархальнаго быта.

[3]) *M. Lennan*, Studies, 335—390. Содержаніе этюда изложено также у Сокольскаго, 17—19, *Lippert*, 75—80.

[4]) Ibid., 284. Существуетъ много женскихъ именъ: Гера, Персефона, Аѳина, Деметра, Аѳродита и др.

[5]) Ibid, 273—283; 288—309.

Digitized by Google

ближайшихъ ихъ предковъ, особенно у ликійцевъ, онъ видитъ преобладаніе гетеризма [1]. 2) Гомеровскій періодъ. Въ это время продолжало существовать родство по матери; иногда былъ извѣстенъ отецъ. Много данныхъ Леннанъ собираетъ, конечно, изъ произведеній Гомера. 3) Періодъ послѣ Гомера. Въ Греціи развивались идеи, неблагопріятныя для материнскаго главенства. Это ясно видно изъ знаменитаго спора Ореста, сына Агамемнона, съ Эринніями [2]. До насъ сохранились даже указанія древнихъ писателей на начало агнатическаго родства со времени Кекропса. Можетъ быть, по закону агнатическое родство не было установлено, но дѣло близко подходило къ тому.

Изложивъ современныя предположенія о семейномъ и родственномъ бытѣ старинныхъ аріевъ и одной изъ арійскихъ расъ, приведемъ теперь нѣсколько данныхъ изъ сочиненій извѣстныхъ намъ ученыхъ по вопросу о домашнихъ и родственныхъ отношеніяхъ италійскихъ народовъ.

II) Семья и родство у италійскихъ народовъ, образовавшихъ римское государство. Въ древней Италіи жило много народовъ. Отъ большинства изъ нихъ кромѣ

---

[1]) Мѣсто изъ Геродота (I, 173), гдѣ сообщается о метронимикѣ ликійцевъ, цитуется буквально всѣми этнологами. Бихофенъ даже написалъ цѣлое изслѣдованіе о ликійскомъ народѣ и его значеніи (Das lykische Volk und seine Bedeutung, 1862); онъ пришелъ къ такому результату (p. 86): Lykienist der wahre Typus der mutterrechtlichen Gesittung des vorhellenischen Weltalters.

[2]) Эриннія требовали на судѣ боговъ наказанія Оресту, умертвившему мать за то, что она убила его отца. Благодаря защитѣ Аполлона и Аѳины, Орестъ былъ оправданъ. Судя по діалогамъ боговъ, это былъ первый случай перехода родства по матери къ агнатическому родству.

Digitized by Google

названія ничего до насъ не дошло; даже названія иныхъ народовъ до сихъ поръ представляются спорными [1]).

Изъ всѣхъ италійскихъ народовъ, какъ мы имѣли случай указать на господствующее предположеніе, главный контингетъ римскаго населенія образовали латины, сабины и этруски. Что-же мы знаемъ о семейной жизни этихъ народовъ?

1) *Сабины.* Въ изслѣдованіи Россбаха о римскомъ бракѣ [2]) приведенъ списокъ различныхъ мнѣній по вопросу о заимствованіи формъ брака римлянами отъ италійскихъ народовъ. Изъ списка видно, что сабинамъ приписывается священная форма брака, confarreatio (Блунчли, Геттлингъ, Данцъ и др.). Самъ Россбахъ не соглашается съ этимъ мнѣніемъ; тутъ-же онъ показываетъ всю непрочность аргументовъ, построенныхъ на однѣхъ комбинаціяхъ безъ фактической подкладки. Но, расходясь съ противниками касательно происхожденія одной изъ формъ римскаго брака, Россбахъ вполнѣ присоединяется къ нимъ въ томъ отношеніи, что вмѣстѣ съ ними не допускаетъ у сабиновъ, какъ у вѣтви индогерманскаго племени, никакой другой семейной организаціи, кромѣ патріархальной [3]). Однако, въ настоящее время едва-ли возможно такъ безусловно отрицать допатріархальный бытъ сабиновъ, если не игнорировать нѣкоторыя соображенія, высказанныя Бахофеномъ. Правда, эти соображенія, будучи почерпнуты изъ сабинскихъ миѳовъ, черезчуръ гадательны; но что-же дѣлать, когда болѣе вѣроятныхъ свѣдѣній не имѣется. Во всякомъ случаѣ, догадки Бахофена обладаютъ не меньшею до-

---

[1]) Такъ, историки не могутъ еще точно опредѣлить апиговъ, мессалійцевъ, сикуловъ и др. См. *Kuntze*, Excurse über röm. Recht, 2 изд. 47—50.

[2]) *Rossbach*, Untersuch. über die röm. Ehe, p. 165.

[3]) Ibid., p. 236.

Digitized by Google

лею достовѣрности въ сравненіи съ вышепомянутымъ мнѣніемъ.

Бахофенъ полагаетъ, что въ сабинскихъ миѳахъ встрѣтить можно намеки на материнское главенство, а также указанія на переходъ къ родству по мужской линіи. Въ доказательство своей догадки авторъ приводитъ двоякаго рода соображенія. Во-первыхъ, онъ находитъ до десяти пунктовъ непосредственнаго свидѣтельства допатріархальнаго быта сабиновъ (напримѣръ, въ извѣстномъ сказаніи о похищеніи сабинянокъ жены являются мировыми посредницами между своими бывшими и настоящими мужьями, Фабіи ведудъ геналогію по женской линіи, у сабиновъ было множество женскихъ божествъ, пользующихся значительнымъ почетомъ: Iuno Curis, Minerva, Flora, Cloacina и др) [1]). Во вторыхъ, Бахофенъ довольно подробно занимается проведеніемъ параллелей между сабинскими и лидійско-ассирійскими миѳами. Параллели наводятъ его на предположеніе, что въ древне-италійской миѳологіи былъ сначала такой періодъ, когда боговъ представляли состоящими въ зависимости отъ миѳическихъ гетеръ, а потомъ въ слѣдующемъ періодѣ, эта зависимость миновала [1]).

Такимъ образомъ, изслѣдователи находятъ намеки на допатріархальный бытъ сабиновъ посредствомъ филологическихъ и миѳологическихъ изысканій. Подобнымъ-же образомъ поступаютъ при изслѣдованіи семейной жизни этрусковъ.

---

[1]) *Bachofen*, Die Sage von Tanaquil, pp. 76—80. Еще *Letourneau*, 352.

[2]) *Bachofen*, Ibid., §§ 12—18. Въ Италіи встрѣчаются восточные миѳы въ отрывочной и безсвязной формѣ (p. 128). Сабинскій герой Dius Fidius или Semo Sancus (p. 102)—тотъ-же Гераклъ (p. 97). Его отношенія къ женщинамъ сначала были тожественны близкимъ отношеніямъ между Гераклом и миѳической гетерой Омфалой; но далѣе, въ «солнечномъ» періодѣ гетеры болѣе не встрѣчаются.

Digitized by Google

2) *Этруски.* По вопросу объ этрусской семьѣ, какъ и по предъидущему вопросу, имѣются два противоположныя мнѣнія. Большинство романистовъ, не обращающихъ вниманія на материнство въ древней семьѣ, предполагаютъ что у этрусковъ была такая-же семейная организація, какою характеризуется историческая римская фамилія; даже высказано нѣсколько догадокъ объ этрусскомъ происхожденіи формъ брака [1]). Но эти догадки безъ особеннаго труда признаны Россбахомъ неосновательными [2]).

Остается опять одинъ родословный аргументъ: этрускамъ, какъ одному изъ индо-европейскихъ племенъ. была извѣстна только патріархальная семья [3]). Между тѣмъ еще въ 1828 году нѣмецкій филологъ Карлъ Мюллеръ замѣтилъ, что на этрусскихъ гробницахъ чаще всего попадаются женскія имена, именно, имена матерей. Имѣя въ виду сообщеніе Геродота о материнствѣ у ликійцевъ, Мюллеръ допустилъ, что и этрусскія женщины занимали выдающееся положеніе въ семьѣ [4]). Далѣе, Геттлингъ подозрѣвалъ бытіе браковъ sine manu у этрусковъ.

---

[1]) *Rossbach*, 165. Этрусскамъ приписывается: 1) confarreatio—Шрадеромъ, Вехтеромъ, и др., 2) Coëmtio—Гольманомъ, 3) usus—Геттлингомъ, Рейномъ и Беккеромъ.

[2]) Ibid., 167—171, 182.

[3]) Этому аргументу могутъ быть противопоставлены слѣдующіе доводы: 1) происхожденіе этрусковъ отъ аріевъ еще окончательно не констатировано, 2) у азіатскихъ аріевъ, какъ мы видѣли, сохранились слѣды допатріархальнаго быта и 3) вообще признается, что одного родства между народами недостаточно для того, чтобы можно было заключать о сходствѣ общественныхъ явленій.

[4]) *K. O. Müller*, Die Etrusker, I, глава 4, pp. 403 и 404. Въ концѣ перваго тома помѣщена Beilage къ 4 главѣ (pp. 406—456), гдѣ авторъ подробно разбираетъ грамматическія формы женскихъ именъ (Larth Arnta, Thana, Aula и мн. др.), встрѣчающихся на надгробныхъ надписяхъ.

Digitized by Google

Göttling, Geschichte der röm. Staatsverfas., p. 31 и др. Вотъ, его доводы: 1) Лукумонъ, знатный и богатый питомецъ Аррона, по свидѣтельству Плутарха (Camill., 15), жилъ въ связи съ женою своего опекуна. Арронъ обратился съ жалобою въ судъ на Лукумона. Судъ не судилъ обвиняемаго. 2) Manus, какъ говоритъ Гай (I, 108), есть jus *proprium* civium Romanorum. 3) Супруга Лукумона, Танаквила, по словамъ Тита Ливія (I, 34), подстрекала мужа добиваться царской власти.—*Россбахъ* (183—185) оспариваетъ доводы Геттлинга. Но если мы даже признаемъ, что два первые пункта не могутъ служить доказательствомъ существованія браковъ sine manu у этрусковъ (1) судьи были подкуплены Лукумономъ; 2) изъ того, что manus jus proprium Romanorum, не слѣдуетъ, что не было manus у этрусковъ),—все таки остается довольно убѣдительнымъ третій пунктъ, ибо возраженіе Россбаха (въ Танаквилѣ римляне видѣли первообразъ древне-римской materfamilias) парализуется послѣдующимъ добросовѣстнымъ изслѣдованіемъ *Бахофена* (Die Sage von Tanaquil, § 31: сначала Танаквила представлялась въ видѣ гетеры а впослѣдствіи въ видѣ примѣрной римской матроны).

Наконецъ, Бахофенъ посвятилъ цѣлый этюдъ для разъясненія материнства въ этрусской семьѣ. Во первыхъ, онъ, по слѣдамъ Мюллера, констатируетъ материнство въ генеалогическихъ таблицахъ этрусскихъ надгробныхъ надписей [1]). Во вторыхъ, нѣкоторыя указанія на преобладаніе материнства Бахофенъ находитъ въ этрусскихъ миѳахъ [2]), сатирахъ [3]) и разсказахъ [4]). Въ нихъ, напримѣръ, всякій житель Этруріи считаетъ себя terrae filius, сыномъ матери—земли; большое значеніе этруски придаютъ акту рожденія, т. е. происхожденію отъ матери и т. д. Въ третьихъ, слѣды материнскаго главенства сохранились въ отрывочныхъ этрусскихъ преданіяхъ [5]): сравненіе человѣка съ земными растеніями (человѣкъ, какъ и растеніе, есть terrae filius); кровнымъ

---

[1]) *Bachofen*, die Sage, 282—290.
[2]) Ibid., p. 290—миѳъ о происхожденіи дня.
[3]) Ibid., 293—312,—6 сатира Персія.
[4]) Ibid., 312—317,—разсказъ объ основаніи города.
[5]) Ibid., 317—347.

Digitized by Google

этрускомъ признается только тотъ человѣкъ, который происходитъ отъ этрусской женщины (T. Livii I, 34: materna tantum patria).

3) *Латины*. Какова была семейная организація у древнихъ латиновъ—намъ неизвѣстно. Въ литературѣ, подобно разсмотрѣннымъ вопросамъ о семейномъ бытѣ сабиновъ и этрусковъ, имѣются двоякаго рода догадки. Многіе писатели, видящіе въ патріархальной семьѣ первообразъ семейныхъ отношеній, приписываютъ латинамъ confarreatio [1]). Можетъ быть, это и правда; только то единственное свидѣтельство, на которое опирается помянутая догадка, — сообщеніе Діонисія Галикарнасскаго (2, 25), будто-бы Ромулъ установилъ confarreatio,—это свидѣтельство относится ко времени возникновенія римскаго государства. Что же касается эпохи до начала римскаго государства, то, кажется, у насъ нѣтъ достаточно свѣдѣній, чтобы можно было безусловно стоять за бытіе патріархальной семьи у древнихъ латиновъ, Бахофенъ же подозрѣваетъ материнство и у латиновъ, указывая на то, что въ латинской Фортунѣ проглядываютъ характерныя свойства древне-азіатской гетеры [2]).

Итакъ, мы разсмотрѣли предположенія ученыхъ объ организаціи семейной жизни древне-италійскихъ народовъ. Мы видѣли, что почти всѣ попытки найти слѣды допатріархальнаго быта принадлежатъ Бахофену. Приведенныя доказательства Бахофенъ признаетъ аргументами гипотезы повсемѣстной гинекократіи, которая предшествовала патріархальному быту. Хотя гипотеза о гинекократіи, какъ мы выше сказали, не раздѣляется всѣми другими изслѣдователями первобытнаго общества, тѣмъ не менѣе всѣ факты и идеи, заимствованныя изъ миѳовъ, должны, разумѣется, сохранить свое значеніе,

---

[1]) *Rossbach*, 181.

[2]) *Bachofen*, Die Sage, p. XLIV и XLV.

Digitized by Google

въ качествѣ доказательствъ былаго родства по женской линіи. Можетъ быть, у нѣкоторыхъ италійскихъ народовъ и совершился уже переходъ отъ материнской къ патріархальной семьѣ, которой суждено было развиться въ римскомъ государствѣ, но, во всякомъ случаѣ, не безъ основанія существуетъ предположеніе о томъ, что у предковъ римлянъ материнство нѣкогда преобладало.

Теперь обратимся къ самимъ римлянамъ.

Б) Начальная эпоха римскаго государства.

Слѣды римскаго допатріархальнаго быта ищутъ въ миѳахъ, легендахъ, древнихъ юридическихъ институтахъ; о нихъ заключаютъ также изъ конклюдентныхъ выраженій классическихъ писателей. Собирая данныя, встрѣчающіяся въ трудахъ новѣйшихъ изслѣдователей, мы расположимъ ихъ по возрастающей степени доказательности.

Такимъ образомъ, начнемъ съ миѳическихъ и легендарныхъ извѣстій; далѣе, посмотримъ на слѣды материнства въ римскомъ родственномъ быту, и, наконецъ, обратимъ вниманіе на нѣкоторыя явленія изъ семейной жизни, вполнѣ или отчасти сохранившія характеръ допатріахальный.

I) Легендарныя извѣстія о материнствѣ.

Подобныя извѣстія собраны Бахофеномъ. Изъ нихъ замѣчательны слѣдующія:

1) *Sororium tigillum.* У классическихъ писателей (Тита Ливія [1]), Діонисія Галикарнасскаго [2]) и Феста [3]) приводится извѣстный разсказъ о борьбѣ Гораціевъ съ Куріаціями. Обратимъ вниманіе на нѣкоторыя подробности.

---

[1]) *Titi Livii*, lib. I, cap. XXVI.

[2]) *Dionys.*, III, 22 и др.

[3]) *Bruns*, fontes, 4 изданіе, стр. 294.

Digitized by Google

Третій Горацій, побѣдившій въ поединкѣ Куріаціевъ, встрѣтилъ по дорогѣ въ Римъ сестру, которая оплакивала смерть своего жениха, одного изъ Куріаціевъ. Вѣдь, ты называешь братьями тѣхъ родственниковъ, которыхъ ты такъ безжалостно умертвилъ,—между прочимъ, упрекнула сестра брата. Раздраженный этимъ упрекомъ, Горацій убилъ сестру. Duumviri perduellionis, судившіе Горація, приговорили его къ смертной казни; на этотъ приговоръ осужденный аппеллировалъ въ народное собраніе, которое освободило его отъ наказанія съ тѣмъ условіемъ, чтобы отецъ его въ видѣ очистительной жертвы, внесъ за сына въ государственную казну опредѣленную сумму денегъ и приказалъ сыну пройти съ непокрытой головой подъ деревянной перекладиной. Перекладина, названная sororium tigillum или tignum sororis, существовала въ Римѣ и при жизни Тита Ливія.—Діонисій добавляетъ, что послѣ приговора народнаго собранія жрецы воздвигли два алтаря: въ честь Юноны, покровительницы сестеръ, и въ честь бога Януса, получившаго еще прозваніе одного изъ убитыхъ Куріаціевъ. Совершивъ жертвоприношеніе на этихъ алтаряхъ, жрецы заставили Горація подойти подъ tignum sororis. Таково преданіе.

Бахофенъ занимавшійся подробнымъ анализомъ этого преданія, видитъ въ немъ, во-первыхъ, намеки на нѣкогда существовавшее материнство, и во-вторыхъ, слѣды перехода къ патріархальному быту [1]).

а) Ближайшій кругъ родственниковъ, группировавшійся около материнской семьи, составляли мать, ея дѣти и братъ матери. Родственныя отношенія между братомъ и сестрой занимаютъ въ допатріархальномъ быту, можно сказать, второе мѣсто послѣ родственной связи

---

1) *Bachofen*, Antiquar. Briefe, 188—203.

Digitized by Google

матери съ дѣтьми ея [1]). Вотъ, Бахофенъ и останавливается на родственныхъ отношеніяхъ между братомъ и сестрою въ томъ видѣ, въ какомъ они представляются по преданію. Констатировавъ предварительно бытіе этихъ отношеній въ классическихъ преданіяхъ вообще [2]), онъ, далѣе, приводитъ слѣдующіе доводы при анализѣ sororium tigillum.

α) Діонисій Галикарнасскій приписываетъ Туллію такія слова: мать нашихъ Гораціевъ была сестрою матери албанскихъ Куріаціевъ; дѣти были воспитаны на рукахъ обѣихъ женщинъ, любили и цѣловали другъ друга подобно роднымъ братьямъ и сестрамъ. Кромѣ того, по смыслу вышеприведеннаго упрека сестры Горація, римскіе и албанскіе близнецы считали себя братьями. Вѣдь, по древней системѣ родства дѣти родныхъ сестеръ считаются также братьями и сестрами, какъ будто они происходятъ отъ одной матери [3]).

β) Въ древней до-исторической религіи Бахофенъ находитъ параллельный культъ брата и сестры. Такъ, у древнѣйшихъ обитателей Лаціума вмѣсто храмовъ были два деревянные столба: одинъ столбъ въ честь Януса (Ianus), а другой, рядомъ стоящій, въ честь сестры его, Яны (Iana).

б) Далѣе, въ самомъ преданіи о sororium tigillum, по мнѣнію Бахофена, заключается указаніе на переходъ

---

[1]) Это вполнѣ понятно съ точки зрѣнія наглядности опредѣленія первобытнаго родства. Стоитъ взглянуть на системы родства современныхъ дикарей, помѣщенныя у *Моргана*, Systems of consanquinity etc. (всѣ таблицы Моргана сведены въ 2 таблицы у Леббока, 114), чтобы убѣдиться, какое важное положеніе занимаетъ братъ матери (впослѣдствіи получившій названіе дяди).

[2]) *Bachofen*, Ant. Briefe, 158—163.

[3]) По гипотезѣ развитія родственныхъ отношеній сначала родные и двоюродные братья именовались братьями вообще.

Digitized by Google

къ агнатической системѣ родства. Горація, отказавшая брату въ привѣтственномъ поцѣлуѣ (osculum) на томъ основаніи, что онъ убійствомъ Куріаціевъ осквернилъ ихъ общія родственныя узы, является послѣднею представительницей родственныхъ отношеній между братомъ и сестрой, бывшихъ предметомъ особаго культа. Горацій— провозвѣстникъ новой идеи. За дерзкое убійство сестры, какъ и за убіеніе матери, его слѣдовало бы лишить жизни, но, подобно греческому Оресту, избѣжавшему отвѣтственности передъ судомъ Эринній, его оправдываютъ, а богамъ, покровительствовавшимъ отжившему культу, отдаютъ послѣднюю дань, въ видѣ жертвы.

Однако, надо замѣтить, что при такомъ толкованіи римскаго преданія Бахофену пришлось встрѣтиться съ деталями, явно противорѣчащими его объясненію. Эти несогласныя детали онъ предлагаетъ разсматривать позднѣйшими «приспособленіями старыхъ преданій къ новому народному міровоззрѣнію». Именно, когда вслѣдствіе измѣнившихся условій жизни народу сдѣлался непонятнымъ до-патріархальный бытъ, тогда онъ, для согласованія съ дѣйствителною жизнью нѣкоторыхъ подробностей, ставшихъ для него необъяснимыми, вложилъ въ преданіе новыя свѣдѣнія ради достаточнаго объясненія тѣхъ подробностей [1]).

Приведенное толкованіе Бахофена, въ качествѣ аргумента римской допатріарархальной семьи можно принять только условно. Уже одно то обстоятельство, что для устраненія видимыхъ противорѣчій, Бахофену ничего другаго неоставалось сдѣлать какъ прибѣгнуть къ голословному предположенію о позднѣйшемъ приноровленіи старыхъ понятій

---

[1]) Такъ, для того, чтобы сдѣлать болѣе понятной грусть Горація при встрѣчѣ съ братомъ, была придумана фикція, по которой Горація является невѣстой одного изъ своихъ албанскихъ братьевъ, Куріаціевъ. Bachofen, 199.

Digitized by Google

къ новомъ идеямъ,—ослабляетъ силу его аргументаціи. Конечно, нерѣдко случается, что преданіе съ теченіемъ времени измѣняется въ зависимости отъ перемѣны въ жизни народа, но бываетъ также, что оно остается въ прежнемъ видѣ, хотя-бы даже смыслъ его становился менѣе доступнымъ [1]).

2) *Сказаніе о Танаквилѣ.* Много разъ мы упоминали о сочиненіи Бахофена: Die Sage von Tanaquil. Теперь намъ кстати будетъ привести содержаніе этого сочиненія.

Самое преданіе о Танаквилѣ, разсказанное классическими писателями, Бахофенъ подраздѣляетъ на два отдѣла.

Въ первомъ отдѣлѣ (p. p. 1—123) онъ разсматриваетъ ту часть преданія, въ которой говорится о вступленіи на престолъ римскихъ царей, Тарквинія Приска и Сервія Туллія. Согласно преданію, оба reges обязаны своимъ воцареніемъ содѣйствію женщины [2]). Но характеристика Танаквилы, представленная древними авторами, вовсе не соотвѣтствуетъ характеру исторической римлянки (p. 8). Откуда-же возникъ въ рим-

---

[1]) Впрочемъ, не одинъ Бахофенъ усматриваетъ въ разсказѣ о sororium tigillum позднѣйшіе варіанты. По словамъ извѣстнаго изслѣдователя первобытнаго міра, Эдуарда *Тайлора* (Антропологія, 393), есть открывокъ въ собраніи легендъ Стобея, гдѣ сообщается съ греческими именами, въ качествѣ эпизода изъ исторіи Аркадіи, сказаніе о Гораціяхъ и Куріаціяхъ. По видимому, говоритъ Тайлоръ, и римская исторія только позаимствовала его изъ болѣе ранняго разсказа.

[2]) Танаквила (Liv. I, 34) побудила своего мужа, иностранца Тарквинія, переселиться въ Римъ; она-же истолковала божественныя предсказанія (ауспиціи) въ пользу Тарквинія. Затѣмъ, она спасла Сервія Туллія отъ огня и послѣ того какъ сыновья Анка Марція убили Тарквинія, Танаквила, любимица народа, указала римскимъ гражданамъ на Сервія Туллія, какъ на временнаго представителя царской власти. Есть и варіанты на эти разсказы. Bachofen, 3—5.

Digitized by Google

скихъ сказаніяхъ типъ женщины, подобный Танаквилѣ? А вотъ, сходственные женскіе типы встрѣчаются въ азіатскихъ миѳахъ о жизни царей; въ этихъ миѳахъ цари представляются значительно обязанными разнымъ гетерамъ, пользующимся особеннымъ почетомъ въ обществѣ [1]). Затѣмъ, при ближайшемъ анализѣ параллелей между римскимъ сказаніемъ о Танаквилѣ и помянутыми азіатскими миѳами Бахофенъ приходитъ къ убѣжденію, что въ древней Италіи былъ періодъ оріентализма, т. е. такой періодъ, который имѣетъ много общаго съ азіатскою жизнью. А азіатскимъ царицамъ преданія приписываютъ гетерическій характеръ [2]). Далѣе, римская Танаквила, судя по нѣкоторымъ внѣшнимъ признакамъ (по одѣянію, обуви, домашней обстановкѣ, по другимъ наименованіямъ Танаквилы) [3]) близко подходитъ къ Афродитѣ. Наконецъ, какъ въ нѣкоторыхъ азіатскихъ религіяхъ (напр., ассирійской религіи) женщины, способствовавшія воцаренію мужчинъ, представлялись любимицами Геркулеса, такъ и Танаквила, по мнѣнію Бахофена, считалась (согласно древнѣйшимъ миѳамъ) состоящей въ связи съ Геркулесомъ; именно, отношенія Танаквилы къ Геркулесу напоминали отношенія послѣдняго къ лидійской царевнѣ Омфалѣ (§§12-14).

Во второмъ отдѣлѣ Бахофенъ подробно обсуждаетъ

---

[1]) Таковы миѳы лидійскіе (§ 3), ассирійскіе (§ 4), фригійскіе и т. д. (§ 5); особенно, троянскіе миѳы (§§ 6 и 7).

[2]) Въ Арменіи, Персіи и другихъ странахъ замѣчается проституція, обращенная въ религіозный культъ (§ 9).

[3]) *Bachofen*, §§ 10 и 11. Танаквила въ Римѣ еще называлась Gaia Caecilia; послѣднее слово происходитъ отъ caecus, а восточныя inscriptiones представляютъ дѣвушку съ повязкой на глазахъ, символомъ отсутствія выбора при сношеніи съ мужчинами (p. 68).

Digitized by Google

преданіе о рожденіи Сервія Туллія [1]). Авторъ видитъ въ этомъ преданіи совокупность нѣсколькихъ миѳовъ, построенныхъ на религіозныхъ представленіяхъ; онъ отрицаетъ историческій характеръ содержанія и поясняетъ его съ той-же точки зрѣнія, какъ и первую часть преданія (p. 142). Такъ, имъ замѣчается въ Римѣ праздникъ, въ которомъ проглядываютъ слѣды первоначальнаго гетеризма (p. 179); это — Nonae caprotinae. По мнѣнію Бахофена, Nonae caprotinae имѣютъ много общаго съ древними ассирійскими празднествами, посвященными культу гетеризма. Сюда относятся еще Floralia—ночныя оргіи, на которыхъ turba meretricia увеселяла присутствующихъ мимической пляской (pp. 189—192) [2]). Затѣмъ, этимологическія изысканія о происхожденіи имени Танаквилы заставляютъ Бахофена предположить, что это имя имѣетъ одинъ общій корень съ именами древнихъ восточныхъ гетеръ-царевенъ (p. 209). Далѣе, авторъ замѣчаетъ значительную аналогію между сказаніями о рожденіи Сервія Туллія и происхожденіи спартанскаго царя Демарата; послѣднее сказаніе, какъ и первое, не есть созданіе поэтическаго вымысла, а воплощеніе религіозной идеи. Мать Демарата, подобно матери Сервія Туллія, соединяетъ въ себѣ также гетерическія качества (p. 214).

Наконецъ, константировавъ, такимъ образомъ, въ первообразѣ римской Танаквилы свойства восточной ми-

---

[1]) Онъ приводитъ 21 мѣсто изъ источниковъ, гдѣ рѣчь идетъ о происхожденіи Сервія Туллія. Подробнѣе другихъ говоритъ Діонисій Галикарнасскій; рабынѣ Окризіи во время жертвоприношенія было нѣкое предзнаменованіе, которое Танаквила объяснила въ томъ смыслѣ, что Окризія должна произвести на свѣтъ римскаго царя. Рабыню помѣстили тамъ, гдѣ ей показалось чудесное явленіе; ее посѣтилъ какой то богъ. Результатомъ таинственнаго визита было рожденіе Сервія Туллія.

[2]) Schol. *Juven.*, VI, 250 (напр., въ изданіи Ювенала cum scholiis veteribus, Otto Jahn, 1851 г.).

Digitized by Google

ческой гетеры, Бахофенъ разсматриваетъ послѣдующія преобразованія характера Танаквилы. Этому вопросу онъ посвящаетъ третій отдѣлъ своего сочиненія.

Историческое развитіе основывается, между прочимъ, на двухъ факторахъ: воспріятіи постороннихъ элементовъ и дальнѣйшемъ видоизмѣненіи ихъ среди отдѣльной націи. Въ данномъ случаѣ Танаквила, представительница восточнаго періода древне-римской культуры, преобразовывается подъ вліяніемъ успѣховъ римской цивилизаціи. Вмѣстѣ съ исчезновеніемъ гетеризма, съ постепенной замѣной материнской семьи агнатическою, Танаквила теряетъ особенности восточной царицы; изъ гетеры она становится примѣрною римской матроной. И не одна Танаквила подвергается такой модификаціи. Такъ, Flamen и Flaminica, первоначальные служители гетерическаго культа, дѣлаются покровителями религіозной моногаміи; между ними является обязательной confarreatio (§ 32 и 33). Точно также прежняя Fortuna имѣла характеръ первоначальной Танаквилы, а потомъ и она стала прототипомъ преданной супруги; она даже впослѣдствіи заняла мѣсто преобразованной Танаквилы.

Изслѣдованіе римскаго преданія о Танаквилѣ указываетъ намъ, говоритъ Бахофенъ (p. 280), что тамъ, гдѣ мы полагаемъ видѣть начальный пунктъ исторіи, слѣдуетъ признать продолженіе ея. Преданіе, которое выдаетъ Танаквилу женою Тарквинія Приска, а Сервія Туллія—пріемнымъ сыномъ, сложилось въ эпоху, когда гетеризмъ уступалъ мѣсто индивидуальному браку. Вопреки упомянутымъ азіатскимъ миѳамъ, Танаквила не представляется женою Сервія Туллія, а это сдѣлано для того, чтобы не оскорбить идею новой религіи, покровительствовавшей брачной жизни.

Если сравнить значеніе разсмотрѣннаго преданія, въ качествѣ намека на допатріархальный бытъ, съ вышеприведеннымъ сказаніемъ о sororium tigillum, то можно,

Digitized by Google

кажется, придти къ слѣдующимъ выводамъ. Непосредственныхъ указаній на искомое явленіе ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ не имѣется; существуютъ только, такъ сказать, косвенныя улики, которыя заключаются въ томъ, что въ разсказѣ о sorovium tigillum родственныя отношенія изображены въ такомъ видѣ, въ какомъ ихъ можно представить при материнской семьѣ, а характеристика Танаквилы, сдѣланная путемъ сравненія ея съ героинями азіатскихъ миѳовъ, открыла много общаго съ семейного жизною этихъ героинь. Подобное значеніе придаютъ еще Аккѣ Ларенціи.

3) *Легенда объ Аккѣ Ларенціи.* Древніе писатели сообщаютъ легенду объ Аккѣ Ларенціи съ двумя варіантами.

Первый варіантъ. Однажды жрецъ игралъ въ кости съ богомъ Геркулесомъ. Партія была такого рода: въ случаѣ проигрыша жрецъ долженъ приготовить въ храмѣ Геркулеса роскошный обѣдъ и привести самую красивую гетеру. Геркулесъ выигралъ партію. Проигравшій партнеръ доставилъ богу Акку Ларенцію. На слѣдующій день распространился слухъ, что Acca Larentia видѣла сонъ, будто Геркулесъ назначилъ ей въ качествѣ презента (Munus), въ мужья того человѣка, которой попадется ей на встрѣчу при выходѣ изъ храма. Первымъ встрѣчнымъ оказался богатый человѣкъ этрусскаго происхожденія, нѣкто Tarutius По смерти Таруція, Ларенція наслѣдовала его имущество, которое впослѣдствіи передала по завѣщанію римскому народу.

Второй варіантъ. Акка Ларенція—кормилица Ромула. По однимъ разсказамъ, она гетера, составившая, благодаря своей профессіи, большое состояніе. У нея было 12 сыновей; по смерти одного изъ нихъ она усыновила Ромула (*Lasbalte*, System der erworbenen Rechte, 2 изд., II, 453; *Mommsen*, Röm Forschungen, II, 19). По другимъ разсказамъ, Акка Ларенція — вдова пастуха Фаустула, воспитавшая Ромула (Mommsen, 14). Свое большое состояніе Ларенція отказываетъ по завѣщанію или Ромулу или римскому государству.

Второй варіантъ, какъ полагаетъ Моммзенъ [1]), при-

---

1) *Моммзенъ* написалъ этюдъ, помѣщенный во 2-мъ томѣ его römische Forschungen: die echte und die falsche Acca Larentia. Die echte A. L.— по первому варіанту, die falsche — по второму.

Digitized by Google

думанъ самими классическими писателями. Впервые Macer сдѣлалъ изъ lupa (въ смыслѣ волчицы—изъ преданія объ основаніи Рима) гетеру, а такъ какъ извѣстной гетерой была Acca Larentia, то, вотъ, она и заняла мѣсто волчицы, кормившей Ромула. Но, какъ-бы то ни было, въ обоихъ варіантахъ Ларенція сначала фигурируетъ знаменитой гетерой, а впослѣдствіи вступаетъ въ замужество.

Настоящей легендой воспользовался уже Бахофенъ для того, чтобы показать близкую аналогію между Танаквилой и Ларенціей [1]). Кромѣ того, если имѣть въ виду то обстоятельство, что въ разсматриваемой легендѣ отразились народныя воззрѣнія на семейныя отношенія, то, очевидно, во-первыхъ, эта легенда существовала тогда, когда римляне были уже знакомы съ индивидуальнымъ бракомъ (бракъ Ларенціи съ Таруціемъ, Фаустуломъ), и во-вторыхъ, въ легендѣ, въ качествѣ отголоска былаго гетеризма, сохранился взглядъ на проституцію, какъ на нормальное явленіе, предшествующее вступленію въ замужество. А послѣднее воззрѣніе народа, какъ мы видѣли [2]), этнологи признаютъ однимъ изъ переживаній гетеризма.

До сихъ поръ мы говорили объ аргументахъ, построенныхъ на миѳическихъ или легендарныхъ извѣстіяхъ. Далѣе, приведемъ нѣсколько соображеній, опирающихся на фактическія свѣдѣнія.

II. Слѣды материнства въ родственныхъ отношеніяхъ.

Кленце помѣстилъ въ извѣстномъ журналѣ, основанномъ Савиньи [3]), довольно подробное изслѣдованіе о когнатахъ и свойственникахъ по римскому праву. Въ этомъ изслѣдованіи авторъ имѣлъ въ виду свести въ

---

[1]) *Bachofen*, Die Sage, pp. 83. 129, 243 ff. *Lippert*, 74.

[2]) См. выше, стр. 24.

[3]) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, VI, 1—200.

Digitized by Google

одно цѣлое всѣ юридическія отношенія, въ которыхъ имѣло значеніе когнатическое родство. По всѣмъ тремъ системамъ исторіи римскаго права онъ констатируетъ подобныя явленія, главнымъ образомъ, изъ области семейнаго и наслѣдственнаго права [1]). Въ нашей литературѣ г. Сокольскій впервые обратилъ вниманіе на то, что подмѣченное Кленце когнатство въ древнѣйшей системѣ римскаго права можетъ быть принято за фактъ, не только существовавшій рядомъ съ патріархальной организаціей [2]), но даже ей предшествовавшій [3]). Имѣя въ виду такую догадку Сокольскаго, мы и посмотримъ, на сколько свѣдѣнія, добытыя Кленце, въ состояніи оправдать предположеніе, будто-бы въ римской исторіи нѣкогда существовалъ допатріархальный бытъ. При этомъ, обзору отдѣльныхъ положеній мы считаемъ необходимымъ предпослать слѣдующую оговорку.

Въ римскомъ правѣ cognatio противополагается agnatio. Обѣ системы родства считаютъ исходнымъ пунктомъ индивидуальный бракъ; только agnatio есть родство исключительно по отцу [4]), а cognatio — родство по отцу и по матери [5]). Въ историческую эпоху римскаго права сначала имѣло мѣсто агнатство (квиритское право), потомъ проложило себѣ путь и когнатство (jus gentium),

---

[1]) Такъ, *въ первой* системѣ (миѳологическое время) когнатсво даетъ знать о себѣ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) запрещеніе брака между родственниками, 2) судъ когнатовъ и 3) обязанность носить трауръ по смерти родственниковъ. Ко *второй* (квиритской) системѣ можно отнести такія явленія: 1) представительство при legis actiones, 2) отсутствіе ограниченія въ правѣ получать подарки отъ когнатовъ ко времени lex Cincia и т. д. Къ *третьей* системѣ (jus gentium) относится bonorum possessio.

[2]) *Сокольскій*. Къ ученію объ организаціи, стр. 6.

[3]) Ibid., стр. 20.

[4]) Извѣсныя цитаты изъ Гая (1, 156; 3, 10): sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati etc.

[5]) См., напр., у Гая-же, 1, 156.

Digitized by Google

а такая послѣдовательность въ развитіи родственныхъ отношеній вполнѣ согласуется съ общими выводами тѣхъ изслѣдователей первобытнаго родства, о которыхъ у насъ была рѣчь выше. Но, вотъ, вопросъ: возможно ли вести рѣчь о когнатствѣ, какъ о прецедентѣ агнаціи? Въ утвердительномъ смыслѣ рѣшаетъ вопросъ Сокольскій, а Кленце, собственно говоря, не касается соотношенія той и другой системы родства, изслѣдуя раннія проявленія cognationis независимо отъ agnatio. Между тѣмъ, если мы припомнимъ общую эволюціонную гипотезу первобытнаго родства, то увидимъ, что, согласно общепринятому предположенію, родству по отцу предшествовало материнское родство, а нѣкоторые ученые (напр., Макъ-Леннанъ, Постъ, Даргунъ [1]) допускаютъ еще переходную стадію отъ одной родственной системы къ другой; на этой стадіи родство исчисляется по отцу и матери (когнатство). Такъ, архаическое когнатство позволительно, быть можетъ, допустить въ видѣ переходной ступени къ агнаціи.

Теперь посмотримъ на отдѣльные факты, собранные у Кленце [2]).

1) *Officium lugendi* — обязанность когнатовъ носить трауръ по смерти одного изъ нихъ. Сперва изложимъ соображенія Кленце, а потомъ повѣримъ доказательства

---

[1]) См. выше, стр. 30.

[2]) Кленце обращаетъ вниманіе на cognatio совсѣмъ съ иной точки зрѣнія. Онъ ставитъ задачей показать, что въ Римѣ издревле существовали сплоченные союзы (Vereine) родственниковъ, въ которые входили когнаты и свойственники. Въ этихъ союзахъ когнаты имѣли даже бо̀льшую сферу юридическихъ дѣйствій, чѣмъ агнаты; послѣдніе знали только цивильное наслѣдство и опеку, между тѣмъ какъ когнаты оказывали личное вліяніе на судьбу несовершеннолѣтнихъ, пользовались предпочтительнымъ правомъ на семейное имущество (lex Cincia, Furia и др.), могли быть представителями при legis actiones и т. д.

Digitized by Google

изъ источниковъ, на которыхъ построены его соображенія [1]).

Очень часто въ источниаахъ говорится о траурѣ по смерти мужа, сопряженномъ для вдовы съ запрещеніемъ вступать въ новый бракъ въ теченіе траурнаго періода [2]). Далѣе, попадаются случаи общественнаго траура по смерти выдающихся государственныхъ дѣятелей, напримѣръ, римскихъ императоровъ. Наконецъ, юристъ Павелъ упоминаетъ объ обязанности cognatorum ploximioris gradus пребывать въ траурѣ восьмимѣсячный періодъ подъ страхомъ подвергнуться infamia въ случаѣ уклоненія отъ этой обязанности [3]). Со времени христіанства осталась лишь одна обязанность для жены носить годичный трауръ [4]).

Такимъ образомъ, въ источникахъ имѣется удостовѣреніе officium lugendi для вдовы и когнатовъ въ эпоху классической юриспруденціи и въ послѣдующее время, т. е. въ ту эпоху, когда родственныя отношенія по римскому праву были уже построены на когнатическомъ началѣ. Но для насъ интересно констатировать cognatio гораздо раньше. Взглянемъ на доказательства Кленце.

Сюда относятся два мѣста источниковъ. Прежде всего — упомянутое сообщеніе юриста Павла; но Павелъ не обмолвился ни однимъ словомъ о томъ, что officium lugendi для когнатовъ есть исконное явленіе. Затѣмъ, установленіе траурныхъ обычаевъ, какъ замѣтилъ Кленце [5]), преданіе приписываетъ легендарному осно-

---

[1]) *Klenze*, l. c., pp. 32—35.

[2]) Напр., fr. 8—11. D. 3. 2.

[3]) *Paul*, Sent. I, 21, 13: parentes et filii majores X annis anno lugendi sunt, — et cognati proximiores gradu sexto (proximioris gradus) octo (menses).

[4]) Const. 2 Cod. 5, 9: si qua ex feminis perdito marito intra anni spatium alteri ferstinaverit nubere etc.

[5]) *Klenze*, 91.

Digitized by Google

вателю древняго общественнаго культа, Нумѣ Помпилію, о чемъ, будто-бы, говоритъ Плутархъ въ біографіи Нумы [1]). Однако, въ цитованномъ мѣстѣ Плутархъ вовсе не приводитъ officium lugendi *cognatorum*, да, кажется, и заподозрѣть это officium со словъ Плутарха, едва-ли возможно. Въ самомъ дѣлѣ, классическій историкъ опредѣляетъ, во-первыхъ, tempus lugendi жены (αἱ τῶν ἀποθανάτων γυναῖκες) по умершемъ мужѣ и, во-вторыхъ, онъ говоритъ о продолжительности траурнаго періода въ зависимости отъ того обстоятельства, *по кому* слѣдуетъ носить трауръ (τὰ πένθη); именно, трауръ *по дѣтямъ* налагается на столько мѣсяцевъ, сколько лѣтъ жили умершія дѣти, причемъ въ максимумѣ онъ не долженъ превышать 10 мѣсяцевъ [2]). Между тѣмъ, Плутархъ не упоминаетъ, *кто* долженъ носить трауръ по нисходящимъ членамъ семьи, агнаты или когнаты. Скорѣе слѣдуетъ подразумѣвать въ печальникахъ горя семейнаго агнатовъ, а не когнатовъ, потому что сложившійся строй тогдашней семьи былъ агнатическій; при томъ-же предписывается ношеніе траура, вѣроятно, по агнатамъ (нисходящимъ домочадцамъ). Въ данномъ случаѣ, нѣтъ ни прямыхъ, ни косвенныхъ свѣдѣній о траурѣ когнатовъ, какъ объ остаткѣ допатріархальнаго быта. Что-же касается officium lugendi вдовы, то это officium легче всего, естественно, могло возникнуть въ патріархальномъ быту, гдѣ жена, занимавшая filiae locum, должна была повиноваться и выражать почтеніе своему мужу [3]). Наконецъ, очень легко устранить также и самое

---

[1]) *Plutarchi* vitae parallelae, Numa, c. 12.

[2]) Μηδὲ πλειόνας μῆνας ὧν ἐβίωσεν ἐνιαυτῶν. μέχρι τῶν δέκα. Прежніе филологи читали τῶν δώδεκα, но потомъ эта Leseart была замѣнена: τῶν δέκα.

[3]) Десятимѣсячный періодъ траура жены былъ установленъ согласно физіологическимъ даннымъ: періодъ беременности долѣе не продолжается. *Savigny*, System, II, 180 (особенно, Beilage III). *Leist*, Graeco-italische Rechtsgerchichte, 1884, p. 37.

Digitized by Google

достовѣрное доказательство (der sicherste Beweis) исконности траура когнатовъ, которое Кленце видитъ въ совпаденіи tempus lugendi cognatorum съ продолжительностью древняго года времени, такъ какъ подобнаго совпаденія какъ-разъ и не имѣется, ибо, судя по цитованнымъ словамъ Павла, трауръ когнатовъ продолжается 8 мѣсяцевъ, а древній годъ состоялъ изъ 10 мѣсяцевъ.

Такимъ образомъ, нельзя отнести разсмотрѣннаго явленія къ допатріархальному періоду. По всей вѣроятности, officium lugendi cognatorum сложилось тогда, когда agnatio (въ начальную эпоху juris gentium) уступала мѣсто когнатической системѣ.

2) *Charistia.* По словамъ Кленце, еще въ древнеримскомъ правѣ были извѣстныя обозначенія тѣснаго круга когнатовъ: necessitudo, necessarii, propinqui, cari. amici [1]). Проявленіемъ религіознаго единенія когнатическаго кружка служилъ древній праздникъ подъ названіемъ *charistia* (отъ латинскаго carus — греческое χάρις). Валерій Максимъ сообщаетъ, что это былъ торжественный банкетъ (convivium solenne), на который кромѣ когнатовъ и свойственниковъ никто не допускался [2]).

Намъ, конечно, интересно коснуться вопроса, было-ли въ данномъ случаѣ когнатство явленіемъ предшествующимъ агнатству или послѣдующимъ явленіемъ. Единственное мѣсто, на основаніи котораго только и возможно что-либо сказать, — слова Валерія, будто помянутый праздникъ *majores instituerunt.* Очевидно, Валерій указываетъ, что charistia была однимъ изъ давно установившихся обыкновеній. А какъ давно возникла

---

[1]) *Klenze*, 14—16.

[2]) *Val. Max.* II, 1, 8: praeter cognatos et affines nemo interponebatur. А если среди родственниковъ (inter necessarios), продолжаетъ авторъ, кто-нибудь жаловался на другаго за обѣденными жертвоприношеніями и во время всеобщаго веселья, то недоразумѣніе тутъ-же улаживалось; склоняли къ примиренію (fautoribus concordiae adhibitis).

Digitized by Google

charistia — рѣшить трудно. Пожалуй, можно предложить догадку такого рода. Цитованное мѣсто находится у Валерія въ той главѣ, гдѣ говорится de matrimoniorum ritu et neccessitudinum officiis. Здѣсь-же разсказы объ отдѣльныхъ явленіяхъ начинаются преимущественно ab urbe condita (§§ 1, 2, 4 и др.). И такъ, если Валерій дѣйствительно повѣтствуетъ о charistia, какъ объ обычаѣ начальной эпохи римскаго государства, когда успѣлъ установиться патріархальный бытъ въ патриційской семьѣ, то празднество когнатовъ понятно будетъ только въ качествѣ явленія, возникшаго въ допатріархальное время.

3) *Семейные суды изъ когнатовъ* [1]). Въ исторіи римскаго права нерѣдко упоминается о томъ, что домовладыка судитъ провинившихся членовъ семьи вмѣстѣ съ когнатами. Такъ, сохранилось не мало свѣдѣній о подобномъ судѣ надъ женою и надъ дѣтьми [2]). Мы опять затронемъ этотъ вопросъ съ точки зрѣнія наиболѣе древнихъ извѣстій о судѣ когнатовъ.

Больше всего говорится о томъ, въ какихъ случаяхъ мужъ въ присутствіи когнатовъ судилъ жену. Присутствіе когнатовъ можетъ показаться излишнимъ, такъ какъ мужъ надъ женою, занимавшей filiae locum, имѣлъ почти неограниченную власть. Но, вѣроятно, самое рѣзкое проявленіе manus происходило не безъ вѣдома когнатовъ. По крайней мѣрѣ, для того, чтобы лишить жизни жену, необходимъ былъ decretum cognatorum [3])

---

[1]) *Klenze*, 21—32.

[2]) Преимущественно о судѣ когнатовъ говорятъ классическіе историки: Светоній, Авлъ Геллій, Титъ Ливій, Діонисій Галликарнасскій и др.

[3]) *Valer. Maximi*, lib VI, cap. III, § 3: Publicia autem, quae Postumium Albinum consulem; idem Licinia, quae Claudium Asellum, viros suos, veneno necaverant, propinquorum decreto strangulatae sunt. Въ другомъ мѣстѣ (Liv. ep. XLVIII); cognatorum decreto (Klenze, 26, пр. 1).

Digitized by Google

или decretum propinquorum [1]). Затѣмъ, встрѣчается указаніе на резолюцію когнатовъ, какъ на явленіе, установленное *more majorum* [2]). Далѣе, по сообщенію Тацита [3]), мужъ обсуждалъ поступки жены въ присутствіи когнатовъ, *propinquis coram*; причемъ и это велось съ давнихъ поръ, *prisco instituto*. Наконецъ, отецъ Кассія, составителя знаменитаго проекта аграрныхъ законовъ, судилъ сына adhibito propinquorum et amicorum consilio [4]).

Безъ сомнѣнія, мы не должны забывать, что классическіе писатели, сообщающіе намъ о разсматриваемомъ судѣ когнатовъ, жили въ ту пору, когда признавалось когнатическое родство. Поэтому, они безъ всякаго недоумѣнія могли говорить о судѣ когнатовъ, въ качествѣ современнаго имъ учрежденія [5]). Однако, вѣдь, они дѣлаютъ намеки на древнее происхожденіе этого учрежденія (more majorum, prisco instituto). Такъ когда-же появился судъ когнатовъ? Въ эпоху агнатической семьи

---

[1]) У Плинія (Hist. nat., XIV, 13) приводится разсказъ, какъ однажды мужъ убилъ жену за то, что она вино пила, а потомъ Ромулъ освободилъ мужа отъ смертной казни. Изъ этого преданія Кленце выводитъ, что мужъ не могъ въ древности самовольно (безъ вѣдома родственниковъ) лишить жену жизни.

[2]) *Sueton.*, Tiberius, c. 35: matronas prostratae pudicitiae, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more majorum de communi sententia coercerent auctor fuit. Здѣсь рѣчь идетъ о propinqui, но propinqui и cognati отожествляются, что видно изъ сравненія цитатъ у Кленце (26, пр. 1: cognatorum decreto = propinquorum decreto).

[3]) *Tacit.* annales, XIII, 32: isque (мужъ) prisco instituto, propinquis coram, de capite famaque conjugis cognovit etc.

[4]) *Valer*, *Max.* lib. V, c. 8, § 2.

[5]) Мы оставляемъ въ сторонѣ обвинчивый вопросъ о томъ, какую роль играли въ домашнемъ судѣ когнаты: были-ли они активными (propinqui decommuni sententia) или пассивными лицами, простыми свидѣтелями (propinquis coram). Насъ интересуетъ не столько *характеръ* суда, сколько *одинъ фактъ* присутствія когнатовъ въ домашнемъ судѣ.

Digitized by Google

не было шансовъ на его появленіе. Вотъ, невольно и приходитъ такая мысль: не служитъ-ли исконное возникновеніе суда когнатовъ новымъ аргументомъ въ пользу презумпціи допатріархальнаго быта? Нельзя-ли считать его отголоскомъ предъидущаго счисленія родства?

3) *Jus osculi*. Римскіе и греческіе писатели говорятъ о правѣ и обязанности извѣстнаго круга родственниковъ цѣловаться другъ съ другомъ. Это право родственнаго поцѣлуя называютъ jus osculi. Прежде чѣмъ мы будемъ говорить объ области примѣненія и причинахъ возникновенія juris osculi, считаемъ необходимымъ сказать нѣсколько словъ объ аналогіи, проводимой Кленце между границами jus osculi и предѣлами запрещенія родственникамъ вступать въ бракъ между собою.

Во-первыхъ, Кленце полагаетъ, что аналогія между названными юридическими институтами заключалась въ томъ, что какъ jus osculi, такъ и запрещеніе брака между родственниками доходило до степени sobrini [1]). Противъ этого предположенія возражаетъ Россбахъ [2]), который допускаетъ ограниченіе права когнатовъ вступать въ бракъ между собою не дальше четвертой степени (consobrini) [3]). Во-вторыхъ, Россбахъ отрицаетъ

---

[1]) *Klenze*, 18—21. Мнѣніе Кленце раздѣляютъ многіе нѣмецкіе романисты: Бурхарди, Геттлингъ, Вальтеръ.

[2]) *Rossbach*, 432—435.

[3]) Кленце ссылается на два мѣста изъ источниковъ: 1) слова Ульпіана, помѣщенныя въ collatio legum (6, 2, 3). Однако, возражаетъ Россбахъ, тоже мѣсто сохранилось въ болѣе полномъ видѣ въ фрагментахъ Ульпіана, а здѣсь прямо опредѣляется (tit. V, § 6): olim quidem *usque ad quartum gradum* matrimonia contrahi non poterant. Очевидно, Кленце проглядѣлъ послѣднія слова. 2) Болѣе солиднымъ аргументомъ является показаніе Тацита въ его Annales (XII, 6), гдѣ приводится рѣчь императора Клавдія о снятіи запрета съ брака съ племянницей. Между прочимъ, говорится: sobrinarum (matrimonia) diu ignorata tempore addito percrebuisse, т. е. съ теченіемъ времени очень

Digitized by Google

близкую аналогію между jus osculi и брачнымъ запретомъ, такъ какъ, по мнѣнію его, jus osculi было не только между женщинами и мужчинами, но и между одними мужчинами [1]). Съ своей стороны, мы должны сказать, что въ виду разнорѣчиваго показанія, дѣйствительно, трудно опредѣлить, была-ли полная аналогія; но этотъ вопросъ объ аналогіи не имѣетъ для насъ существеннаго интереса, такъ какъ мы можемъ видѣть въ каждомъ явленіи порознь слѣды допатріархальнаго быта. Остановимся на jus osculi.

Область дѣйствія juris osculi, говорятъ, была обозначена Полибіемъ. Такъ, отъ имени Полибія Ἀθηναῖος сообщаетъ [2]), что жена должна была цѣловать (φιλεῖν) своихъ когнатовъ и когнатовъ своего мужа ἕως ἐξανεψιῶν (ad filios usque consobrinorum—дѣтей двоюродныхъ братьевъ и сестеръ), иначе говоря, usque ad sobrinos [3]). Значитъ, jus osculi доходило до шестой степени когнатства.

часто стали встрѣчаться браки между троюродными братьями и сестрами; а прежде ихъ вовсе не знали. Но Россбахъ замѣчаетъ, что по древнѣйшей системѣ родства могло и не быть различія въ словахъ sobrinus и consobrinus; только со временемъ возникло это различіе.

[1]) Въ основу своего выраженія Росебахъ полагаетъ слова Плутарха (Romulus, I, in fine): ἐξ ἐκείνου τε παραμένειν λέγουσι τὸ τοὺς σογγενεῖς τὰς γυναῖκας καὶ οἰκείους ἄνδρας ἀσπάζεσθαι τοῖς στόμασιν. Однако, по видимому, эта фраза такъ составлена, что можно перевести ее иначе, согласно другимъ свѣдѣніямъ объ jus osculi: τὰς γυνᾶκας (подлежащее) ἀσπάζεσθαι τοὺς σογγενεῖς καὶ οἰκείους ἄνδρας. Такой переводъ принадлежитъ, напримѣръ, Рейске, издателю Плутарха (1824 г. стр. 774).

[2]) Ἀθηναίου Ναυκρατίτου δειπνοσοφισταί, изданіе Швейгезера (1804 г.), томъ IX, стр. 114 и 115 (по другой нумераціи страницъ — стр. 441).

[3]) Въ изданіи Швейгезера слова: τοὺς σογγενεῖς καὶ τοὺς τοῦ ἀνδρὸς переведены: suos et mariti sui consanguineos. Это невѣрно, такъ какъ συγγενής переводится римскими юристами cognatus, а не consanguineus. Συγγενεῖς (Fr. 10 § 2 D. 38. 10) enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.

Digitized by Google

Было-ли jus osculi древнимъ явленіемъ? Тотъ-же Полибій считаетъ его очень древнимъ явленіемъ; это видно изъ того, что происхожденіе juris osculi авторъ видитъ въ одной старинной легендѣ, гдѣ фигурируетъ имя Геркулеса [1]). Кромѣ того, отдѣльный случай проявленія juris osculi усматриваютъ въ родственныхъ отношеніяхъ между Гораціями и Куріаціями [2]).

Что выражало собой jus osculi? Если мы оставимъ въ сторонѣ открытый вопросъ объ аналогіи между этимъ правомъ и вышесказаннымъ брачнымъ запретомъ, то мы будемъ имѣть два объясненія: 1) говорятъ, jus osculi было символомъ общенія родственниковъ [3]) и 2) многіе древніе писатели связываютъ возникновеніе juris osculi съ древнимъ запрещеніемъ женщинамъ пить вино [4]); при поцѣлуѣ родственники могли убѣдиться, пили вино ихъ родственницы, или нѣтъ. Во всякомъ случаѣ osculum было обязательнымъ привѣтственнымъ поцѣлуемъ [5]) родственниковъ, находившимъ себѣ поддержку въ религіи [6]).

Имѣя въ виду тѣсный кругъ примѣненія juris osculi среди однихъ когнатовъ, нельзя не отнести возникновенія этого явленія къ допатріархальному быту. Мало того; счисленіе родства, исходящее отъ группы род-

---

[1]) Αθηναίου l. c.

[2]) Dionys., III, 15: ἀσπάζονται τ'ἀλλήλους καὶ φιλοῦσιν οὐχ ἧττον ἢ τοὺς ἑαυτῶν ἀδελφούς, т. е. двоюродные братья (Горацiи по отношенію Куріаціевъ) любили и цѣловали другъ друга также, какъ и родные братья.

[3]) *Klenze*, 19, прим. 2: σύμβολον καὶ καινώνημα τῆς συγγενείας.

[4]) 'Αθηναίου, ibid. *Aul. Gell.*, Noctes Atticae, X, 23: вино пить женщинѣ позорно.

[5]) Oscula officiorum sunt.—*Donatus ad* Terentium, Eunuchus, III, 2 3. (*Bruns*, fontes, 321).

[6]) *Servius* in Aeneidem, I, 260: sciendum osculum religionis esse Что-же касается значенія juris osculi, въ качествѣ средства распознаванія, пьютъ-ли вино женщины, то, между прочимъ, оно могло имѣть и это значеніе.

Digitized by Google

ныхъ братьевъ и сестеръ (consobrini—двоюродные братья и сестры со стороны ихъ матерей, sobrini—троюродные братья и сестры также со стороны ихъ матерей), могло возникнуть въ отдаленную эпоху материнской семьи, когда родство считалось только по матери [1]). И это потому, что при неизвѣстности отца ближайшими родственниками считались братья и сестры, а также дѣти сестеръ [2]).

4) *Запретъ брака между родственниками.* Россбахъ говоритъ: «по мѣрѣ того, какъ мы нисходимъ въ *глубокую древность*, тѣмъ болѣе крѣпкими мы находимъ тамъ родственные узы и тѣмъ болѣе мы должны признать, что были запрещены браки между двоюродными братьями и сестрами» [3]). Стоитъ еще разъ, припомнить, напримѣръ, слова Тацита: et sobrinarum (matrimonia) diu ignorata tempore addito percrebuisse. Есть и противное мнѣніе. Проф. Азаревичъ, между прочимъ, замѣтилъ, что бракъ въ извѣстныхъ степеняхъ родства, запрещаемый позднѣе (во время жизни Гая), при царяхъ не считался вовсе неприличнымъ. Однако при ближайшемъ знакомствѣ съ источниками, указанными Азаревичемъ, его мнѣніе оказывается голословнымъ [4]).

Въ этомъ случаѣ, какъ и въ предъидущемъ (при jus osculi), счетъ родства ведется со стороны матери,

---

[1]) Еще разъ укажемъ на родственное отношеніе римскихъ и албанскихъ близнецовъ.

[2]) См. выше, стр. 29.

[3]) *Rossbach*, 430.

[4]) *Азаревичъ*, Патриціи и плебеи, II, 114, прим. 2. Во первыхъ, Азаревичъ ссылается на Тита Ливія (I. 42); но изъ этой главы Ливія можно только заключить, что въ древности не было препятствія для брака между ближайшими *свойственниками* (два родные брата, синовья Тарквинія Приска, женились на двухъ дочеряхъ Сервія Туллія). Во вторыхъ, цитата изъ Діонисія Галикарнасскаго (IV, 23) ничего не доказываетъ, такъ какъ въ указанномъ мѣстѣ Діонисій не ведетъ рѣчи о бракѣ.

Digitized by Google

ибо въ источникахъ поясняется: consobrinus quasi sororinus, sobrini enim sunt ex duabus sororibus [1]). Для обозначенія дѣтей братьевъ и сестеръ со стороны отца существовали особые термины: amitinus, amitina—сынъ или дочь сестры отца, patruelis—сынъ или дочь брата отца [2]). Такимъ образомъ, можно думать, система родства сохранила въ данномъ явленіи слѣды материнства.

5) *Заключеніе.* Мы разсмотрѣли всѣ факты, помянутые въ статьѣ Кленце, съ точки зрѣнія ихъ доказательной силы въ пользу римскаго допатріархальнаго быта[3]). Оказывается, что за исключеніемъ развѣ officium lugendi во всѣхъ остальныхъ явленіяхъ можно подозрѣвать слѣды материнства. И такое заключеніе находитъ себѣ еще подтвержденіе отчасти у самихъ римскихъ юристовъ. Римскіе юристы не были склонны признавать агнатство исконнымъ явленіемъ; это видно изъ слѣдующихъ словъ Папиніана: quum patri *lex regia dederit* in filiam vitae

---

[1]) *Rossbach*, 430—*Donat.* ad Terent. Andr. 3, 5, 9.

[2]) Fr. I § 6 D 38. 10 (Гай): sed fere vulgus *omnes istos* (т. е. amitinos et patrueles) communi appellatione consobrinos vocat.—Idem fr. 10 § 15 D. 38. 10: sed plerique *hos omnes* consobrinos vocant, sicut Trebatius.—См. *Bernhöft*, germanische und römische Rechtsideen im recipirten Recht, *Z*eitschr. f. vgl. Rechtsw., IV (1883 г.), pp. 232 и др.

[3]) Остальные факты, въ которыхъ, по мнѣнію Кленце, можно видѣть проявленіе когнатства, отнесены авторомъ къ послѣдующимъ системамъ римскаго права. Сюда принадлежатъ: представительство когнатовъ на судѣ, отсутствіе ограниченій при дареніи между родственниками, попеченіе о несовершеннолѣтнихъ, bonorum possessio когнатовъ и др. Одинъ изъ этихъ фактовъ, именно, право представительства когнатовъ, *Сокольскій* (l. c., стр. 6) разсматриваетъ, какъ очень древнее явленіе, указывающее на исконныя права когнатовъ; но мы присоединяемся къ мнѣнію Кленце по двумъ причинамъ: 1) сами legis actiones—не исконное явленіе, ибо иной порядокъ предшествовалъ строго-легальному судопроизводству: месть, самоуправство, третейскій судъ (см. напр. Iheringe. Geist, §§ 11 и 12), 2) не видно, чтобы писатели, сообщающіе о правѣ представительства родственниковъ, смотрѣли на него, какъ на исконное явленіе (Klenze, 40—52).

Digitized by Google

necisve potestatem.[1]) Ius vitae ac necis надъ сыномъ характеризуетъ агнатическую семью въ самой развитой формѣ ея. Такимъ образомъ, лучшій римскій юристъ, жившій въ эпоху, очень отдаленную отъ того времени, о которомъ идетъ рѣчь, относилъ завершеніе развитія патріархальнаго быта къ царскому періоду. Любопытно то, что дѣло это Папиніанъ приписывалъ законодательному акту (lex regia).

Жиро-Телонь удачно подмѣтилъ [2]), что народъ склоненъ облекать старинныя учрежденія, слагавшіяся медленнымъ путемъ, въ форму законодательнаго акта. По позднѣйшимъ воззрѣніямъ народа выходитъ такъ, какъ будто древній институтъ гражданскаго права былъ изобрѣтеніемъ одного законодателя. Напримѣръ, египтяне полагали, что индивидуальный бракъ былъ установленъ Менесомъ; греки думали, что родство по отцу обязано своимъ возникновеніемъ Кекропсу [3]). Вотъ подобное-же воззрѣніе сказывается и въ словахъ Папиніана: quum patri lex regia и т. д.

Наконецъ, обратимъ вниманіе на нѣкоторыя семейныя отношенія, сохранившія вполнѣ или отчасти слѣды материнства.

III) Слѣды материнства въ римской семьѣ.

Разбирая тѣ явленія, въ которыхъ усматриваютъ слѣды материнства новѣйшіе писатели, съ своей стороны, мы позволимъ себѣ предложить нѣсколько явленій подобнаго рода.

1) Путемъ переживанія сохранились намеки на допатріархальный бытъ въ слѣдующихъ *выраженіяхъ*.

---

[1]) *Collatio* legum mos. et rom., tit, IV, c. VIII.

[2]) *Girand—Teulon.* origiues, 62.

[3]) Ἀθηναίου etc, 13, p. 555: Ἐν δὲ Ἀθήναις πρῶτος Κέκροψ μίαν ἕνι ἐζευξεν...

Digitized by Google

а) *Pueri juncini.* Въ жизни людей неразвитыхъ этнологи встрѣчаются съ очень распространеннымъ обыкновеніемъ давать отдѣльнымъ лицамъ или семействамъ названія тѣхъ одушевленныхъ или неодушевленныхъ предметовъ, которые у нихъ почитаются религіозными. Это обыкновеніе технически называютъ *тотемизмомъ*— отъ слова тотемъ—символъ имени прародителя.

Обычай называть дѣтей, говоритъ Леббокъ (стр. 190), именемъ какого-нибудь животнаго или растенія представляетъ явленіе весьма обыкновенное для низшихъ расъ и можетъ естественно происходить отъ бѣдности ихъ языка.

Одинъ изъ подобныхъ обычаевъ можно усмотрѣть въ римскомъ наименованіи *pueri juncini.* Бахофена заинтересовало это странное названіе; въ двухъ первыхъ «Antiquarische Briefe» онъ пытается найти разгадку сказаннаго названія. Дѣло, вотъ, въ чемъ.

Въ Севильи, на мѣстѣ существовавшаго нѣкогда храма Венеры (р. 29), была найдена латинская надпись, составленіе которой было отнесено ко времени Антониновъ [1]). По смыслу этой надписи, нѣкая Fabia Hadrianilla жертвуетъ капиталъ для раздачи алиментовъ pueri ingenui juncini. Спрашивается, чтоже надо разумѣть подъ словами pueri juncini—буквально, дѣти болотнаго растенія ситовника? Отвѣтъ такой: судя по многимъ другимъ свѣдѣніямъ изъ жизни первобытныхъ людей, словами pueri juncini, по всей вѣроятности, именовались дѣти, родившіяся при жизни внѣбрачной. И это названіе очень древнее; оно возникло тогда, когда еще гетеризмъ продолжалъ быть предметомъ особаго культа, именно, когда разныя болотныя растенія служили символами гетеризма. Бахофенъ приводитъ многочисленныя

1) Надпись помѣщена въ corpus inscriptionum latinarum, II, p. 157 (№ 1174).

Digitized by Google

указанія на это явленіе, почерпнутыя изъ миѳовъ древнихъ народовъ и жизни современныхъ нецивилизованныхъ людей. Возьмемъ нѣсколько примѣровъ.

Въ древней Греціи нерѣдко сопоставляли болотныя растенія съ внѣбрачнымъ происхожденіемъ. На островѣ Самосѣ Афродита, святилище которой помѣщали ἐν καλάμοις или ἐν ἕλει (въ тростникѣ или въ болотѣ), была богиней свободной гетерической любви (р. 5). У кафровъ существуетъ преданіе, что человѣкъ произошелъ изъ болота (р. 9.). Въ малоазіатскихъ миѳахъ также встрѣчается тростникъ, въ видѣ знака гетеризма (р. 11 и и слѣд.) [1]); въ миѳахъ египетскихъ мѣсто тростника занимаетъ болотная трава лотосъ (р. 16) и т. д. [2]).

б) *Tusco modo dotem quaerere*—выраженіе, которое встрѣчается въ комедіи Плавта: Cistellaria. Филологи такъ объясняютъ это выраженіе: добывать приданое путемъ проституціи. Въ Этруріи былъ очень распространенъ прежде такой обычай, почему и говорится: tusco modo [3]).

Если приведенное филологическое толкованіе не подлежитъ сомнѣнію, то въ названномъ обычаѣ нельзя не видѣть одно изъ переживаній гетеризма. Изъ предъидущаго конспекта начальной эволюціи семьи и родства намъ извѣстно, что во многихъ мѣстахъ вовсе не счи-

---

1) Отчетъ императорской археологической коммиссіи за 1865 годъ (объясненіе древностей, найденныхъ въ южной Россіи), стр. 23 и слѣд. Нашъ академикъ *Л. Стефани* нѣсколько разъ указываетъ на Κάλαθος и καλαθίσκος (собственно, корзина изъ тростника; вмѣстѣ съ тѣмъ, разныя женскія украшенія), какъ на необходимую принадлежность женщинъ въ культѣ Деметры, а начальный культъ Деметры, по Бахофену, былъ культомъ материнскаго главенства (см. выше, стр. 20, пр. 1).

2) *Сокольскій*, l. c. стр. 29; «по кодексу Диметіи (Dimetian Code, Book II, Chap. XVIII, 51) отъ *женщины кустарника и терновника* (gwraig Uwyn a Pherth woman of busch and brake) любовникъ не можетъ требовать возмужденія, если она, взявъ другаго любовника, сотворитъ блудъ».

3) См. напр., *Пропилеи*, IV (1854 г.), стр. 68, пр. 383.

Digitized by Google

тается постыднымъ для женщины торговать собою съ цѣлью приготовить приданое; напротивъ того, охотнѣе всего берутъ замужъ дѣвушекъ, доставшихъ приданое путемъ проституціи.

2) *Семейная жизнь плебеевъ.* Классическіе писатели очень мало повѣдали намъ о начальной исторіи плебеевъ; между тѣмъ, для лучшаго пониманія древне-римскаго права очень важно знать юридическое положеніе плебса. Романисты давно уже трудятся надъ этимъ вопросомъ, а въ настоящее время и этнологи отчасти занимаются тѣмъ-же предметомъ. Намъ слѣдуетъ познакомиться съ трудами тѣхъ и другихъ ученыхъ.

а) *Догадки романистовъ.* При первомъ же знакомствѣ съ трудами романистовъ можно замѣтить, что у нихъ нѣтъ единогласія по вопросу о томъ, было-ли различіе въ организаціи патриційской и плебейской семьи, или его не было.

α) Однимъ изъ выдающихся сторонниковъ за безразличіе семейной организаціи римскихъ сословій былъ Россбахъ. Главное основаніе, которое онъ приводилъ въ свою пользу, заключается въ слѣдующемъ: патриціи и плебеи происходятъ отъ одного и того-же италійскаго племени, а патріархальная власть домовладыки была достояніемъ всей индогерманской расы; слѣдовательно, она была извѣстна и одной отрасли этой расы, италійскому племени [1]). Однако, нами уже было показано, что современные ученые находятъ достаточно данныхъ, свидѣтельствующихъ о допатріархальномъ бытѣ аріевъ; поэтому приведенное мнѣніе нельзя признать убѣдительнымъ [2]).

---

[1]) *Rossbach*, 40.

[2]) Принадлежали плебеи къ арійскому племени, или нѣтъ—спорный вопросъ. Большинство стоитъ за арійское происхожденіе плебса, меньшинство противоположнаго мнѣнія (напр., *Bernhöft*, *Staat* und *Recht* der römischen Königszeit, pp. 41, 137, 185 ff).

Digitized by Google

Проф. Азаревичъ также не допускаетъ различія въ семейномъ правѣ между патриціями и плебеями, потому что въ источникахъ ни однимъ словомъ не намекается на то, чтобы какая нибудь форма брака исключительно принадлежала патриціямъ или плебеямъ [1]). Но, въ свою очередь, и предположеніе Азаревича, будто-бы самою древнѣйшею формою брака, одинаково свойственною патриціямъ и плебеямъ, была confarreatio, не влекущая за собою manus mariti [2]), — слишкомъ рисковано, такъ какъ, во первыхъ, оно тоже не подтверждается источниками, и, во вторыхъ, даже имъ противорѣчитъ; такъ, оно, очевидно, не согласуется со словами Гая (1, 112): farreo in manum conveniunt [3]).

Такимъ образомъ, писатели, отказывающіеся признать иной образъ домашней жизни плебеевъ, опираются преимущественно на умолчаніе источниковъ. Можетъ

Вообще, ближайшій анализъ происхожденія плебса крайне запутанъ. Гипотезъ очень много. Напримѣръ, *Ланге* (röm. Alterthümer, § 55) видитъ въ плебеяхъ покоренныхъ латиновъ, получившихъ по договору съ римлянами civitas sine suffragio. Историкъ *Ине* отожествляетъ плебеевъ съ кліентами Проф. *Азаревичъ* (Патриціи и плебеи, 1875 г.) полагаетъ, что патриціи и плебеи составляли одинъ народъ. Homines patriciae gentis или patricii назывались тѣ лица, которыя считали въ числѣ предковъ хотя-бы одного въ достоинствѣ сенатора (patris); они удачно забирали въ свои руки высшія должности. А та масса гражданъ которой былъ закрытъ доступъ къ государственнымъ должностямъ, возстала противъ патриціата, этой родовой аристократіи; со времени возстанія она получила названіе плебы (plels).—Литература о происхожденіе плебеевъ указана, напримѣръ, *Азаревичемъ* (II, 92—104). *Сокольскимъ* (Пособіе при изученіи внѣшней исторіи, 2 изд., 24—26).

[1]) *Азаревичъ*, II, 132.

[2]) Ibid., II, 116, 123.

[3]) Также голословна догадка Азаревича, будто-бы confarreatio исторически превратилась въ coëmtio (ibid., 120 и др.). А между тѣмъ, помощью этой догадки авторъ объясняетъ, какимъ образомъ Гай былъ введенъ въ заблужденіе, полагая, что confarreatio имѣла послѣдствіемъ conventio in manum.

Digitized by Google

быть, имѣются у романистовъ доказательства противнаго явленія. Посмотримъ.

β) Unger полагаетъ [1]), что conventio in manum, рано извѣстная патриціямъ, не была знакома плебеямъ. Vering [2]), Karlowa [3]) и Herzog [4]) указываютъ на отсутствіе у плебеевъ ауспицій, необходимыхъ при священной формѣ бракосочетанія. Mommsen въ своемъ изслѣдованіи: Das röm. Gastrecht und die Clientel [5]), между прочимъ, замѣчаетъ, что было время, когда агнатство считалось патрицій-скимъ учрежденіемъ.—Подобныя мнѣнія встрѣчаются у писателей, которые допускаютъ различіе между патрицій-ской и плебейской семьей. Но опять-таки нельзя утверждать, что доводы въ пользу ихъ предположенія совершенно безспорны. Вотъ, главные доводы:

αα) До извѣстнаго закона Канулея (309 и. с.) плебеи не имѣли права вступать съ патриціями въ martimonium legitimum [6]). Постановленіе XII таблицъ,—ne connubium [7]) patribus cum plebe essent [8]), — нѣкоторые писатели считаютъ намекомъ на то, что у плебеевъ вовсе не было агнатической семьи [9]). Между тѣмъ, ихъ противники,

---

[1]) *Unger*, die Ehe in ihrer weltgeschichtlichen Entwicklung, 1850, p. p. 71, 72.

[2]) *Vering*, Röm. Erbrecht, 54.

[3]) *Karlowa*, Die Formen der röm. Ehe, 45.

[4]) *Herzog*, Geschichte und System der röm. Staatsverfassung, 1884, I, p. 200.

[5]) *Mommsen*, Röm. Forschungen, I, 356.

[6]) *Reich*, Geschichte und Natur des ehelichen Lebens, 1864, p. 16.

[7]) *Ulpiani* fragm. tit V, § 3: connubium est uxoris jure ducendae facultas, connubium habent cives romani cum civibus romanis.

[8]) *T. Livii*, lib. IV, c. 4, 4.

[9]) Напримѣръ, *Karlowa*, 45. *Rossbach* (p. 41.) придалъ этому запрету децемвировъ staatsrechtliche (nicht civilrechtliche) Natur. Но Карлова справедливо замѣчаетъ: отсутствіе connubium влечетъ за собою прежде всего серьезныя послѣдствія гражданско-правоваго характера.

Digitized by Google

во-первыхъ, предлагаютъ признать законъ XII таблицъ, запрещающій connubium плебеевъ съ патриціями, за первоначальный запретъ, не существовавшій ранѣе XII таблицъ [1]). Во-вторыхъ, если и допустить, говорятъ они, что издревле до самаго закона Канулея не существовали connubia между двумя римскими сословіями, то все-таки остается нерѣшенной альтернатива: были или не были connubia среди самихъ плебеевъ [2]).

ββ) По видимому, бо́льшаго вѣроятія заслуживаетъ указаніе на отсутствіе у плебеевъ ауспицій, безъ которыхъ нельзя продѣлать confarreatio [3]), но и этотъ аргументъ оспоривается писателями, отрицающими различіе въ культѣ между плебеями и патриціями [4]). Но, положимъ, confarreatio была достояніемъ однихъ патриціевъ,— все-таки остается недоказаннымъ то, что и другія формы брака (coëmtio и usus) были чужды плебеямъ [5]).

Таковы крайніе взгляды на семейную организацію двухъ римскихъ сословій. — Кстати предложимъ себѣ вопросъ, въ какомъ-же видѣ представляютъ семейную жизнь плебеевъ писатели, стоящіе за обособленіе домашняго быта?. А вотъ, въ какомъ видѣ. Ланге [6]), напримѣръ, усматриваетъ среди плебеевъ спеціальное jus connubii, отличное отъ патриційскаго juris connubii (основаннаго на квиритскомъ правѣ). Другіе [7]) приписываютъ

---

[1]) *Азаревичъ*, II, 54 и слѣд.

[2]) *Азаревичъ*, (II, 60) признаетъ сначала jus connubii за плебеями, потому что онъ не допускаетъ различія въ юридическомъ положеніи между патриціями и плебеями.

[3]) Такъ, *Vering*, (l. c.) ссылается, напримѣръ, на пятую главу 6-й книги Тита Ливія, гдѣ устами Ливій Аппія Клавдія говоритъ: penes quos igitur sunt auspicia more majorum? Nempe penes patres.

[4]) *Азаревичъ*, II, 94—96.

[5]) *Rossbach* (p. 41) отвергаетъ предположеніе, будто-бы coemtio и usus появились у плебеевъ лишь со времени Сервія Туллія.

[6]) *Lange*, Röm. Alterhüm., I, 121.

[7]) Напримѣръ, изъ вышеупомянутыхъ писателей Унгеръ, Карлова.

Digitized by Google

плебеямъ «свободный бракъ» (die freie Ehe), не сопряженный съ какими-либо формальностями; въ такомъ случаѣ одно consensus facit nuptias. Но, въ сущности, то и другое предположеніе—безъ всякой аргументаціи.

Изъ представленнаго обзора спорныхъ мнѣній объ организаціи семейной жизни плебеевъ не трудно видѣть, что романисты не пришли еще къ какому-нибудь положительному выводу по недостатку опредѣленныхъ свѣдѣній въ источникахъ, а догадки ихъ чуть-ли не исчерпываютъ всевозможныя комбинаціи. И вотъ, прежде чѣмъ судить о гипотетическихъ результатахъ по этимъ догадкамъ, мы взглянемъ еще на соображенія тѣхъ изслѣдователей, которые разсматриваютъ семейный и родственный бытъ плебеевъ съ точки зрѣнія изложенной нами эволюціонной гипотезы.

б) *Догадки этнологовъ.* У плебеевъ была gens, какъ и у патриціевъ, говоритъ Жиро-Телонъ [1]); у нихъ также встрѣчается nomen gentilicium и cognomen. Существенное различіе между этими двумя gentes заключается, по догадкѣ Телоня [2]), въ системахъ родства. У патриціевъ въ эпоху, къ которой относятъ царствованіе Ромула, имѣлось уже агнатическое родство, возникшее, быть можетъ, еще до основанія Рима; плебейскія-же gentes сначала не знали агнатства. Многія обстоятельства мѣшали скорому развитію агнатическаго родства среди плебеевъ. Такъ, во первыхъ, плебеи долго были чужды религіознаго культа патриціевъ, на которомъ покоилась идея религіознаго отчества (idée de paternité religieuse) [3]).

---

[1]) *G. Teulon*, Origines, 221—232.

[2]) Кстати замѣтить, этнологи (Ж. Телонъ, Леннанъ, Морганъ) не такъ понимаютъ gens, какъ романисты. Съ ихъ мнѣніемъ мы встрѣтимся въ началѣ втораго очерка. Не касаясь вопроса о происхожденіи gens, будемъ разумѣть пока-что подъ именемъ gens группу людей, совмѣстно живущихъ.

[3]) У Тита Ливія очень часто упоминается объ обособленіи религіознаго культа (IV, 6; V, 14; VI, 41; VII, 6; X, 7, 8). Въ литературѣ

Digitized by Google

Во вторыхъ, агнатическая реформа, по всей вѣроятности, долго не касалась плебеевъ вслѣдствіе продолжительнаго отсутствія права собственности [1]).

Въ одномъ старинномъ преданіи, о которомъ сообщаетъ Діонисій Галикарнасскій (II, 8), Ж.-Телонь находитъ намекъ на отсутствіе отчества среди плебеевъ. Въ древнемъ Римѣ были двѣ группы людей, говорится въ преданіи. Одну группу составляли такіе люди, которые могли указать на своего отца; на этомъ основаніи они именовались патриціями [2]). Во вторую же группу входили только тѣ люди, которые не могли опредѣлить, кто былъ ихъ отецъ; они назывались плебеями. Преданіе еще добавляетъ, что глашатаи, собиравшіе народъ на сходки, выкликали патриціевъ по имени ихъ отца, по отчеству, а всѣмъ плебеямъ давали одинъ общій сигналъ, вызывая ихъ рогомъ (κέρασι βοείοις). Діонисій Галикарнасскій считаетъ приведенное объясненіе раздвоенія римскаго народа неудачнымъ; онъ предлагаетъ принять въ основу раздѣленія римлянъ на два класса экономическія обстоятельства: богатые люди—патриціи, бѣдное населеніе—плебеи [3]). Но Жиро-Телонь правильно согласуетъ оба

имѣются два крайніе взгляда. Фюстель-де-Куланжъ, объясняетъ общественное положеніе плебеевъ (между прочимъ, и отсутствіе отческаго родства) исключительно отрѣшенностью ихъ отъ римской религіи. Азаревичъ, напротивъ того, не придаетъ вѣры свидѣтельству Ливія, приписывая плебеямъ a priori патриційскую религію.

[1]) Мы видѣли, что многіе ученые ставятъ появленіе индивидуальнаго брака въ зависимость отъ развитія права собственности, а у плебеевъ, согласно господствующему предположенію романистовъ (со времени Нибура) долго не было квиритской собственности.

[2]) Πατριϊκίους ἐκείνους κληθῆναί φασι, — ὅτι πατέρας εἶχον ἀποδεῖξαι μόνοι.—Тоже у Ливія, X, 8: qui patres ciere possunt.

[3]) Діонисій, какъ извѣстно, писалъ для того, чтобы показать своимъ землякамъ, что римляне вовсе не варвары, а одного происхожденія съ греками. При всякомъ удобномъ случаѣ онъ старался подмѣтить аналогичныя явленія въ жизни того и другаго классическаго народа.

Digitized by Google

объясненія: въ болѣе состоятельныхъ, т. е. патрицій-скихъ семьяхъ скорѣе всего могло возникнуть агнатство.

Кромѣ того, косвенное свидѣтельство перехода плебеевъ къ агнатической системѣ Ж.-Телонь усматриваетъ въ другомъ извѣстномъ разсказѣ о той рефомѣ касательно плебеевъ, которую предпринялъ Тарквиній Прискъ. По извѣстному преданію, Тарквиній вдвое уменьшилъ число патриційскихъ курій, порѣдѣвшихъ вслѣдствіе постоянныхъ войнъ (вмѣсто 10 онъ сдѣлалъ 5 курій), а остальныя вакантныя куріи пополнилъ плебеями. И съ тѣхъ поръ, старые, коренные члены патриціата, стали называться patres majorum gentium, а новички—patres minorum gentium. Вотъ, въ этой реформѣ Жиро-Телонь (p. 227) видитъ древнѣйшее извѣстіе о патріархальномъ бытѣ плебеевъ. Интересно онъ объясняетъ эту реформу. Послѣ того какъ возникло агнатство въ плебейскихъ gentes, у плебеевъ, какъ и у патриціевъ, явилась *ретроспективная фикція* о происхожденіи ихъ отъ одного общаго предка по мужскому поколѣнію; старшіе члены этого поколѣнія образовали gentes majores, а младшіе—gentes minores.

Наконецъ, очень многіе изслѣдователи прямо указываютъ на гетеризмъ среди плебеевъ, ссылаясь на слова источниковъ: connubia promiscua habent more ferarum [1]).

Такъ и тутъ, Діонисій смотритъ на патриціевъ, какъ на эвпатридовъ, богатыхъ и знатныхъ гражданъ. Кстати замѣтимъ, аналогія идетъ дальше по словопроизводству: patricius = εὐπατρίδης принадлежащій отцу, носящій имя отца.

[1]) *G. Teulon*, 231; *Letourneau*, 378; *Girard-de-Rialle*, Revue scientifique 1877 г., p. 1078; *Wilken*, отзывъ Н. З. 156; *Kulischer*, Archiv für Antropologie, XI, 216.

Кулишеръ идетъ дальше другихъ. Онъ полагаетъ, что коммунальный бракъ (die communale Ehe) сохранился въ Римѣ *до позднѣйшихъ временъ*. Но, по всей вѣроятности, это есть недоразумѣніе, ибо факты, приводимые Кулишеромъ, могутъ служить только въ пользу установившагося взгляда, согласно которому римская патріархальная семья вскорѣ

Digitized by Google

Такимъ образомъ, мы изложили и гипотезу этнологовъ. Спрашивается, какіе-же шансы имѣетъ ихъ гипотеза о до-историческомъ гетеризмѣ плебеевъ сравнительно съ прежде разсмотрѣнными предположеніями. Эти шансы суть слѣдующіе.

О семейной жизни плебеевъ въ источникахъ римскаго права не сохранилось на столько ясныхъ свѣдѣній, чтобы можно было индуктивнымъ путемъ вывести какое-нибудь заключеніе. Въ этомъ случаѣ, немногія до насъ дошедшія данныя могутъ имѣть значеніе только при апріорныхъ соображеніяхъ. И вотъ, что касается романистовъ, то большая часть изъ нихъ, ничего кромѣ патріархальной семьи не допускающая въ жизни италійскихъ народовъ, или успокоивается на предположеніи о томъ, что только этотъ типъ семьи возможенъ у плебеевъ (Россбахъ), или вводитъ дубликатъ квиритскаго juris connubii (Ланге); намековъ на гетеризмъ эти писатели, понятно, не ищутъ. Исходная-же точка зрѣнія этнологовъ, полагавшихъ a priori гетеризмъ въ плебейскихъ gentes, — такъ какъ въ огромномъ большинствѣ примитивныхъ людскихъ ассоціацій господствуетъ гетеризмъ — нашла себѣ поддержку въ вышеприведенныхъ свѣдѣніяхъ [1]). Такимъ образомъ, если мы будемъ имѣть

послѣ окончательнаго уравненія въ правахъ патриціевъ и плебеевъ начала разлагаться подъ вліяніемъ эманципаціи женщинъ (выхода изъ подъ manus) въ концѣ республики. На этомъ основаніи, сообщенныя Кулишеромъ свѣдѣнія [1) слова Цицерона, Topic. c. 3: genus est uxor, ejus duae formae: una matrumfamilias, eae sunt quae in manum convcnerunt, altera earum quae tantummodo uxores (можетъ быть, жена, не состоящая in manu mariti) habentur; 2) замѣчаніе о легкости развода по простому consensus]—всѣ такія свѣдѣнія нельзя признать свидѣтельствами остатковъ стариннаго гетеризма, такъ какъ паденіе ригориза патріархальнаго не находится въ связи съ древнѣйшимъ гетеризмомъ, этой первой стадіей развитія семейныхъ отношеній.

[1]) Безпорядочное половое сожительство у древнихъ плебеевъ давно уже было подмѣчено Ф.-де-Куланжемъ, исходящемъ въ своемъ воззрѣ-

Digitized by Google

въ виду болѣе универсальный характеръ первой посылки и не отжажемъ въ достовѣрности второй, то наше заключеніе станетъ на сторону послѣдней гипотезы [2]).

То было въ до-историческую эпоху. Въ историческое время, судя по легендарной реформѣ Тарквинія, гетеризмъ плебеевъ довольно рано уступаетъ мѣсто патріархальному быту, существовавшему ранѣе того въ патриційскихъ gentes.

Въ концѣ очерка скажемъ еще о двухъ обычаяхъ: признаніи отцомъ собственныхъ дѣтей и о бракѣ per usum.

3) *Признаніе отцомъ собственныхъ дѣтей* у первобытныхъ людей, какъ мы видѣли, бываетъ обставлено многими формальностями, симмулирующими актъ рожденія: отецъ дѣлаетъ видъ, будто самъ рождаетъ ребенка. Было ли знакомо древне-римскому праву наиболѣе наглядное и грубое симмулированіе (то, что французы называютъ faire la couvade, а нѣмцы — Vaterkindbett) со всѣми подробностями—достовѣрно мы не знаемъ. А угадывать, въ томъ смыслѣ, что оно было извѣстно, мы имѣемъ слѣдующія основанія.

Бахофеномъ было уже обращено вниманіе на усыновленіе Траяна Нервою (adoptio in cubiculo pro toro geniali), о которомъ Плиній (Panegyr. 8) сообщаетъ слѣдующее: вмѣсто людей Нерва положился на совѣтъ боговъ (deorum etiam consilium adsumsit) и adoptio была совершена не на обыкновенной кровати, но передъ ложемъ Юпитера (ante pulvinar Jovis Optimi Maximi, вѣроятно, въ храмѣ). Эти слова, заключаетъ Бахофенъ, достаточно свидѣтельствуютъ, что та форма усыновле-

---

ніи на плебеевъ изъ предположенія о религіозной отрѣшенности ихъ отъ патриціевъ.

[2]) Одинъ романистъ *Bernhöft*, Staat und Recht, уже перешелъ на сторону этнологовъ.

Digitized by Google

нія, которая была видоизмѣнена Нервою, еще существовала при немъ; по этой же формѣ усыновляемый представлялся Frucht des Ehebettes [1]).—Но, можетъ быть, возразятъ такимъ образомъ: Траянъ не былъ сыномъ Нервы, да и вообще adoptio не есть усыновленіе *собственныхъ* дѣтей, а намъ интересно знать, было ли признаніе отцомъ собственнаго ребенка imitatio naturae.

Судя по тому, что еще въ позднѣйшемъ римскомъ быту «отецъ или его представитель поднималъ (liberos tollere) къ себѣ на грудь или на колѣна положеннаго у его ногъ акушеркой новорожденнаго, поручая затѣмъ младенца въ защиту богинѣ Levana» [2]),—судя по этому способу признанія дѣтей, можно подумать, что въ древности не обходились безъ болѣе нагляднаго симмулированія акта рожденія.

4) *Бракъ per usum.* Въ источникахъ римскаго права имѣются описательныя свѣдѣнія о патріархальномъ бракѣ, возникавшемъ посредствомъ продолжительнаго сожительства одного мужчины съ одною женщиной, но источники умалчиваютъ о томъ, какимъ образомъ появился бракъ per usum. Обстоятельнѣе другихъ описываетъ это явленіе юристъ Гай [3]).

Женщина, цѣлый годъ пробывшая въ домѣ своего сожителя, поступала подъ власть (manus) послѣдняго, въ качествѣ законной жены. Если же она не хотѣла подчиниться власти супруга, то легко могла избѣгнуть ея;

---

[1]) *Bachofen*, Mutterrecht, p. 254; тутъ же изъ извѣстной формулы арроганціи подчеркнуты слова: patre natus.

[2]) Проф. *Загурскій*, Ученіе объ отцовской власти, 1884 г., стр. 29; указанныя мѣста изъ источниковъ: 1) *Juvenalis*, Sat. IX, 84: tollis enim et libris actorum spargere gaudes argumenta viri; 2) *Terentii* Andria, III, 1, 6: nam quod peperisset, jussit tolli.

[3]) Gai, 1. 111. Кромѣ Гая, имѣются указанія у Цицерона, pro Flacco, c. 34; Aul. Gell. Noctes, III, 2; Servius ad Virg. Georg. I, 31 (Bruns, fontes, 324).

Digitized by Google

съ этой цѣлью ей стоило только въ теченіе года три ночи подрядъ провести внѣ дома сожителя (usurpatio trinoctii). Бракъ узуальный нашелъ себѣ законодательную санкцію въ XII таблицахъ, но при жизни Гая его болѣе уже не было. По словамъ Гая, эта форма брака частью была вытѣснена законодательствомъ, частью исчезла, благодаря тому обстоятельству, что она болѣе не практиковалась помимо запретовъ закона.

Положеніе узуальнаго брака среди другихъ брачныхъ формъ въ древности мало выяснено, потому что, какъ намъ думается, не было обращено вниманія на происхожденіе его. А при вопросѣ о происхожденіи названнаго брака не трудно подмѣтить слѣды допатріархальнаго быта. Мы сначала займемся этимъ вопросомъ, а потомъ разберемъ иныя объясненія узуальнаго брака.

а) *Происхожденіе брака per usum* надо искать въ глубокой древности, въ эпоху первой стадіи развитія брачныхъ отношеній. Во время первобытнаго гетеризма стали появляться мало-по-малу отдѣльные случаи индивидульнаго брака сперва посредствомъ захвата женщинъ на войнѣ, а затѣмъ при помощи покупки женъ. Разумѣется, тотъ, кто отвоевывалъ или покупалъ женщину, дорожилъ ею, какъ своею собственностью; но сначала онъ не былъ обезпеченъ въ этой собственности, потому что сильнѣйшій всегда могъ отнять жену у слабѣйшаго. Однако, со временемъ и выгоды человѣка, пріобрѣвшаго жену, равно какъ и сочувствіе другихъ людей, вызванное тѣмъ же побужденіемъ, заставили людей оберегать болѣе или менѣе продолжительное обладаніе или пользованіе (usus) одною женщиной [1]). Такой обычай шелъ параллельно съ развитіемъ права индивидуальной собственности. И какъ впослѣдствіи были формулированы

[1]) Ср., напр., Спенсеръ, l. c., 737.

Digitized by Google

въ квиритскомъ правѣ общія правила для пріобрѣтенія права собственности, такъ точно появились и опредѣленныя положенія для брака per usum. Именно, ко времени XII таблицъ сложились точныя понятія о давности. Съ тѣхъ поръ usucapio стала самостоятельнымъ способомъ пріобрѣтенія собственности рядомъ съ существовавшими квиритскими способами; съ тѣхъ поръ и usus сдѣлался отдѣльнымъ способомъ заключенія брака на ряду съ другими брачными формами, confarreatio и coëmtio.

Нѣсколько аргументовъ можно привести въ пользу изложеннаго объясненія.

α) *Usurpatio trinoctii*. До сихъ поръ мы не имѣемъ согласнаго объясненія, какимъ путемъ возникла usurpatio trinoctii. Правда, это явленіе наводитъ, напримѣръ, Кунце на такое предположеніе: *уже тогда* (въ эпоху XII таблицъ) нерѣдко бывали свободныя общенія между обѣими полами безъ соблюденія confarreatio и coëmtio»[1]). Иначе говоря, Кунце въ разсматриваемомъ явленіи видитъ зачатки того уравненія въ правахъ супруговъ, которое стало проникать въ жизнь въ концѣ республики. Но это едва ли такъ. Вѣдь, постановленія XII таблицъ представляютъ намъ собою основу квиритскаго права, охранявшаго патріархальный бытъ семьи. Поэтому, должны быть названы несвоевременными поиски въ XII таблицахъ такихъ понятій, которыя развились послѣ квиритскаго права. И это тѣмъ болѣе справедливо примѣнительно къ данному случаю, что, какъ свидѣтельствуетъ Гай, узуальный бракъ съ сопутствующей usurpatio trinoctii скоро сдѣлался вымирающимъ явленіемъ[2]). На этомъ основаніи, при объясненіи начала

---

[1]) *Kuntze*, Cursus des röm. Rechts, § 771.

[2]) Gai, 1, 111: partim legibus subletum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.

Digitized by Google

брака per usum и usurpatio trinoctii правильнѣе смотрѣть *назадъ*, а не впередъ съ точки зрѣнія постановленія XII таблицъ. Такъ мы и сдѣлаемъ.

Въ ту отдаленную эпоху, когда при гетеризмѣ сталъ появляться бракъ индивидуальный, люди имѣли разсчетъ, какъ мы видѣли, защищать исключительное пользованіе одною женщиной подъ условіемъ, чтобы она находилась въ обладаніи болѣе или менѣе продолжительное время. Если же это условіе не соблюдалось (сильнѣйшій отнималъ жену у слабѣйшаго, сама женщина переходила къ другому мужчинѣ и т. п.), то женщина переставала состоять in manu прежняго обладателя [1]).

Въ начальный періодъ государственной жизни тѣ же соображенія, которыя побудили людей опредѣлить минимальные сроки для давности (usucapio и usus), заставили ихъ формулировать минимальный срокъ для usurpatio [2]). Число три, какъ объясняетъ Россбахъ, въ данномъ слу-

---

Любопытную аналогію римской usurpatio trinoctii можно видѣть у жителей Палаузскихъ острововъ (*Зиберъ*, Очерки, 321): жена, недовольная своимъ мужемъ, можетъ уйти отъ него въ домъ (бая), гдѣ живутъ мѣстныя Фрины. Изъ баи жена, сама себѣ устроившая разводъ, имѣетъ право отправиться снова къ мужу (по предложенію и выкупу послѣдняго), или къ другому (болѣе зажиточному) мужчинѣ. Или еще: по древне-ирландскому праву (senchus more) женщина, переходившая отъ одного мужчины къ другому, не оставалась болѣе года въ домѣ каждаго. Ср. *Jubainville*, Revue historique de droit, 1884 г. p. 188.

[1]) Временное сближеніе, влекущее за собою установленіе или прекращеніе брака, извѣстно и другимъ первобытнымъ племенамъ. См., напр., *Post*, Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, 40.

[2]) Есть предположеніе (*Walter*, Gescsh. d. röm. R., § 505), что usus, какъ форма заключенія брака, примѣнялась только касательно дочерей, filiæfamilias, а trinoctium имѣло цѣлью дать возможность въ то время, когда развода было трудно добиться, вернуться дочери подъ кровъ своихъ родителей. Все это, конечно, могло быть и такъ; только нѣтъ основанія ограничивать примѣненіе брака per usum исключительно подобными случаями.

Digitized by Google

чаѣ, не имѣетъ спеціальнаго значенія; trinoctium встрѣчается и при другихъ обстоятельствахъ [1]).

β) *Несоотвѣтствіе быту патріархальному* замѣчается въ узуальномъ бракѣ. Развѣ жена, занимавшая filiae locum, имѣла право по собственной иниціативѣ развестись съ мужемъ? По характеру своему, патріархальная семья—нерасторжимое цѣлое. Между тѣмъ, въ бракѣ per usum легкость развода очевидна. Мало того, разводъ предпринимается по почину римлянки. Какъ же иначе объяснить это явленіе, какъ не остаткомъ гетеризма?

Слѣды гетеризма возможно усмотрѣть еще въ томъ обстоятельствѣ, что однократная или двукратная usurpatio (переночевка внѣ дома сожителя) проходила безнаказанно, не имѣла юридическихъ послѣдствій. Не есть ли это дань былому гетеризму, въ родѣ тѣхъ остатковъ допатріархальнаго быта, которые нами были прежде разсмотрѣны (стр. 24).

γ) *Историческое соотношеніе* брачныхъ формъ таково, что всѣ классическіе писатели (Гай, Сервій, Авлъ Геллій), сообщающіе намъ немногія свѣдѣнія о бракѣ per usum, смотрятъ на него, по видимому, какъ на одну изъ наиболѣе раннихъ формъ, ибо единогласно ведутъ рѣчь о немъ прежде, чѣмъ о confarreatio и coëmptio [2]). Съ другой стороны, узуальный бракъ вышелъ изъ обычая сравнительно рано. И это, вѣроятно, потому, что онъ былъ менѣе пригоденъ тому времени, не будучи *чистою* формою патріархальнаго брака.

Мы изложили наши соображенія о бракѣ per usum. Взглянемъ еще на другія объясненія того же брака.

---

[1]) *Rossbach*, 153. Trinoctium попадается еще въ слѣдующемъ мѣстѣ Авла Геллія (Noctes Attic, l. X, c. 15, § 14: de flaminis dialis cæremoniis):—et de eo lecto trinoctium continuum non decubat.

[2]) По словамъ сказанныхъ писателей, браки заключались (nuptiæ fiebant, in manum conveniebant) tribus modis: usu, farreo, coemptione.

Digitized by Google

б) *Иныя объясненія* узуальнаго брака, на нашъ взглядъ, менѣе удовлетворительны. Наиболѣе извѣстныя изъ нихъ можно свести къ двумъ типамъ. Узуальный бракъ представляютъ или въ видѣ «свободнаго брака», или въ видѣ корректива coemptio.

α) *Свободный бракъ.* Унгеръ[1]) полагаетъ, что usus имѣлъ дѣйствіе еще тогда, когда существовали римскіе браки sine manu, которые нѣмцы называютъ «свободными браками» (freie Ehe). Что же надо разумѣть подъ этими свободными браками? Очевидно, переходная стадія неустойчивыхъ «свободныхъ браковъ» въ устойчивые или патріархальные браки посредствомъ давности должна соотвѣтствовать переходу первой стадіи ко второй стадіи развитія семейныхъ отношеній. Въ этомъ случаѣ смутная догадка романистовъ находитъ себѣ разъясненіе съ точки зрѣнія изложеннаго нами общаго развитія семейныхъ отношеній.

β) *Коррективъ пропущенной coëmptio* представляетъ собою узуальный бракъ по мнѣнію многихъ романистовъ. Такъ, Карлова[2]) думаетъ, что usus въ томъ видѣ, въ какомъ онъ представляется по XII таблицамъ, былъ формулированъ позднѣе coëmptio, ибо usus является суррогатомъ coëmptio, какъ и usucapio есть суррогатъ mancipatio. Азаревичъ примыкаетъ къ этому же мнѣнію. По его мысли, сначала usus былъ способомъ пріобрѣтенія мужемъ manus надъ женою, такъ какъ древнѣйшая форма брака, confarreatio, не переносила власти отца на мужа. Затѣмъ, когда на ряду съ confarreatio

---

[1]) *Unger*, Die Ehe in ihrer weltgeschichtlichen Enwickelung, 73. Унгеръ совершенно голословно ограничиваетъ сферу примѣненія узуальныхъ браковъ одними плебеями.

[2]) *Karlowa*, Die Formen der röm. Ehe, p. 65.

Digitized by Google

coemptio стала самостоятельною формою, то и usus сдѣлался суррогатомъ пропущенной coemptio [1]).

Изложенному предположенію нельзя не противопоставить слѣдующіе доводы:

Во первыхъ, скорѣе слѣдуетъ думать, что usus возникъ не позже coëmptio, ибо классическіе писатели, какъ мы уже замѣтили, разсматриваютъ его, въ качествѣ *самостоятельной* формы брака, прежде чѣмъ confarreatio и coëmptio. Очевидно, начало usus независимо отъ coëmptio.

Во вторыхъ, раннее (сравнительно съ confarreatio и coëmptio) исчезновеніе usus не согласуется съ оспариваемымъ предположеніемъ. Вообще, это обстоятельство доставляло не мало хлопотъ, а удовлетворительнаго объясненія до сихъ поръ не было дано [2]). Съ точки же зрѣнія нашей гипотезы, usus, какъ наиболѣе архаическая форма брака, сохранившая слѣды допатріархальнаго быта, скорѣе отжилъ свой вѣкъ по сравненію съ настоящими патріархальными формами.

Мы далеки отъ мысли исчерпывать всѣ явленія, свидѣтельствующія о быломъ материнствѣ въ древнемъ Римѣ [3]). Нѣсколько подобныхъ явленій, легко возможно,

---

[1]) *Schweppe*, Röm. Rechtsgesch., p. 688: usus долженъ былъtheils die Fehler der confarreatio und coëmtio gut machen, theils die Ehe ohne manus in die mit manus umwandeln.

[2]) *Азаревичъ* (l. c., 130) такъ объясняетъ: женщина стала самостоятельна и мужъ болѣе не пріобрѣталъ надъ нею власти по давности. Но въ такомъ случаѣ остается открытымъ вопросъ: отчего же вмѣстѣ съ usus не исчезла coemptio.

[3]) Такъ, мы оставляемъ въ сторонѣ казуистическую аргументацію, потому что въ отдѣльныхъ случаяхъ всего возможнѣе комбинація случайныхъ обстоятельствъ. Напримѣръ, передачу извѣстнымъ Катономъ (Plutarchus, Cato Minor, cap. 25) жены своей другу Гортензію,

Digitized by Google

еще будетъ открыто со временемъ. Но, намъ думается, приведенныхъ данныхъ вполнѣ достаточно для того, чтобы констатировать въ древнемъ Римѣ материнство, въ качествѣ прецедента патріархату.

А послѣднее обстоятельство намъ необходимо для предстоящаго историческаго очерка начальнаго наслѣдованія безъ завѣщанія.

по смерти котораго слѣдуетъ возвращеніе къ мужу, — Плутархъ объясняетъ довольно оригинально (Гортензій totam familiam suam cum Catoniana permiscere animum induxit). Можно ли возводить этотъ казусъ въ одно изъ общедоступныхъ для того времени переживаній гетеризма,—какъ это дѣлаютъ Леббокъ (стр. 92), Даргунъ (стр. 10) и др. (по аналогіи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что и у современныхъ дикарей мужья нерѣдко передаютъ женъ друзьямъ, см. Зиберъ, 340),— вопросъ остается открытымъ.

Digitized by Google

ОЧЕРКЪ ВТОРОЙ

НАЧАЛЬНАЯ ИСТОРІЯ НАСЛѢДОВАНІЯ БЕЗЪ ЗАВѢЩАНІЯ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Хельдеръ [1]) былъ до извѣстной степени правъ, говоря, что наслѣдованіе агнатовъ и гентиловъ — этотъ существенный вопросъ изъ древне-римскаго наслѣдственнаго права — встрѣчаетъ много препятствій для правильнаго пониманія. Особенно трудно, прибавимъ мы отъ себя, найти удовлетворительное объясненіе *историческаго развитія* наслѣдованія безъ завѣщанія по отсутствію достовѣрныхъ свѣдѣній изъ римскихъ источниковъ и вслѣдствіе множество противорѣчій въ современной литературѣ. Достаточно, напримѣръ, указать на слѣдующіе спорные пункты.

Прежде всего, вѣрная постановка вопроса о правахъ наслѣдованія гентиловъ зависитъ, конечно, отъ общаго воззрѣнія на юридическое положеніе родичей, а между тѣмъ при обозрѣніи старыхъ и новыхъ взглядовъ на родовой быть римскаго народа могутъ показаться крайне запутанными результаты, къ которымъ приходятъ романисты. Еще болѣе рѣшеніе этого вопроса осложняется, если принимать въ разсчетъ, когда рѣчь заходитъ о происхожденіи gens, допатріархальный бытъ, какъ-то дѣлаютъ нѣкоторые изъ современныхъ этнологовъ (Макъ-Леннанъ, Жиро-Телонъ). Далѣе, помимо агнатовъ и

---

[1]) *Hölder*, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, 1881 г., p. 118.

Digitized by Google

гентиловъ, довольно спорной является характеристика ближайшаго законнаго наслѣдника, suus heres. Наконецъ, несогласны догадки о болѣе раннемъ порядкѣ наслѣдованія сравнительно съ тѣмъ порядкомъ, который опредѣляется въ XII таблицахъ; разнорѣчивы также мнѣнія о характерѣ преемства квиритскихъ наслѣдниковъ и т. д.

Вотъ, имѣя въ виду такую сбивчивую постановку ранней исторіи successio ab intestato, мы полагаемъ нелишнимъ посвятить предстоящій этюдъ начальной исторіи наслѣдованія безъ завѣщанія.

При этомъ намъ слѣдуетъ предупредить, что мы не считаемъ себя въ правѣ игнорировать новѣйшія гипотезы этнологовъ, касающіяся древне-римской соціальной жизни. Напротивъ того, намъ интересно будетъ провести параллели между трудами романистовъ и этнологовъ по тѣмъ вопросамъ, которыхъ касались тѣ и другіе изслѣдователи.

Въ виду того, что изслѣдованіе начальной исторіи successionis ab intestato во многомъ зависитъ отъ общей характеристики римскаго родоваго быта, мы предпосылаемъ этому изслѣдованію небольшой этюдъ къ вопросу о природѣ римскаго родоваго союза.

Digitized by Google

ВВЕДЕНІЕ.

Къ вопросу о природѣ римскаго родоваго союза.

Въ древней и новой юридической, а также исторической литературѣ накопилось не мало догадокъ о происхожденіи gentis, а за послѣднее время въ этомъ дѣлѣ стали принимать участіе и этнологи. Въ этнологическихъ трудахъ данный вопросъ получаетъ совершенно новое освѣщеніе, такъ какъ этнологи берутъ въ разсчетъ еще болѣе ранніе факторы организаціи общественныхъ отношеній сравнительно съ тѣми, на которые до сихъ поръ обращали вниманіе юристы и историки. Для того, чтобы нагляднѣе представить сказанное раздвоеніе въ воззрѣніяхъ на происхожденіе римскаго родоваго союза, мы изложимъ сначала гипотезы юристовъ и историковъ, равно какъ и гипотезы этнологовъ по очереди, а потомъ, при проведеніи параллелей между ними посмотримъ, въ чемъ сходятся и расходятся изслѣдователи. Такимъ образомъ, у насъ получается слѣдующій порядокъ изложенія: I) гипотезы юристовъ и историковъ, II) гипотезы этнологовъ, III) параллели.

I) *Гипотезы юристовъ и историковъ.* Gens представляетъ одну изъ примитивныхъ людскихъ ассоціацій. И если мы обратимъ вниманіе на факторы обществен-

Digitized by Google

ной организаціи, воздѣйствію которыхъ историки и юристы приписываютъ возникновеніе римскаго родоваго союза, то увидимъ, что они выставляютъ, главнымъ образомъ, три такіе фактора: 1) общность происхожденія по крови или родство единицъ, вошедшихъ въ родовой союзъ, 2) нравственное единеніе въ видѣ общаго религіознаго культа и 3) совмѣстное дѣйствіе индивидовъ, направленное на защиту противъ общихъ враговъ; подобное совмѣстное дѣйствіе иначе называютъ военной кооперацiей (*Спенсеръ*, Развит. пол. учр., стр. 2). Каждый изъ указанныхъ факторовъ многіе писатели берутъ отправнымъ пунктомъ мышленія при объясненіи происхожденія gentis. На этомъ основаніи и гипотезы ихъ лучше всего расположить по ихъ отправнымъ пунктамъ мышленія.

1) Gens—*ассоціація родственниковъ*. Этотъ взглядъ находилъ себѣ адептовъ еще въ XVI вѣкѣ. Именно, знаменитый Куяцій придавалъ общности происхожденія гентиловъ значеніе связующаго элемента [1]). При этомъ, родство допускалось только агнатическое; родичи считались родственниками между собою только по мужскому поколѣнію. То же самое воззрѣніе имѣетъ за себя послѣдователей и въ современной литературѣ; теперь оно представляется уже совсѣмъ въ разработанномъ видѣ. Можно указать, какъ на выдающихся сторонниковъ, на

---

[1]) Впрочемъ, Куяцій опредѣленно не высказался. Его цитируютъ и pro и contra воззрѣній на gens, какъ на ассоціацію родственниковъ. Такъ, *Тролонъ* (Troplong, Revue de législation, 1847 г., № 4, p. 9), сторонникъ разсматриваемой гипотезы, указываетъ на слова Куяція; agnatorum nomen refertur ad propriam stirpem. Gentilium autem ad plures stirpes *ex eadem progenie*. Напротивъ того, *Жиро* (Giraud, Revue de législation, 1846, p. 3); gentiles, id est, ingenui homines, ex ingenuis parentibus orti, qui ejusdem sunt nominis, *licet non ejusdem familiae*. Agnati sunt ejusdem nominis et familiae, et habent easdem imagines. Gentiles sunt ejusdem nominis tantum, non ejusdem familiae.

Digitized by Google

нѣмецкаго историка Ланге, французскаго юриста Ортолана и англійскаго юриста Мэна. Сначала мы приведемъ сущность ихъ воззрѣній, а затѣмъ передадимъ аргументы, которые они берутъ изъ источниковъ.

а) Довольно наглядно представляетъ Ланге [1]) происхожденіе родоваго союза. Положимъ, въ агнатической семьѣ умираетъ paterfamilias, оставляя нѣсколько сыновей; послѣдніе становятся, по смерти своего отца, также patresfamilias; возникаетъ вмѣсто одной семьи столько семействъ, сколько явилось patresfamilias. Вмѣстѣ съ тѣмъ, эти новорожденныя отдѣльныя семьи стоятъ между собою, конечно, въ болѣе близкихъ отношеніяхъ, имѣютъ гораздо больше общаго другъ съ другомъ, чѣмъ съ другими семьями. И вотъ, всѣ тѣ, которые при жизни общаго paterfamilias были членами одной и той же семьи, продолжаютъ сохранять между собою единство и по смерти общаго родителя. Такимъ образомъ возникаетъ gens.

Ортоланъ [2]) придерживается той же гипотезы: gens, по его мнѣнію, состоитъ изъ семей, между которыми общее имя указываетъ на общность происхожденія. Только слѣды этого общаго происхожденія на столько затерялись, что невозможно констатировать агнатическія узы. Съ этой точки зрѣнія Ортоланъ слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ личный составъ родоваго союза [3]).

1) Въ основаніи всей gens лежитъ благородная агнатическая семья, прародительница всѣхъ другихъ семей, передавшая имъ свое имя и свои sacra. Это и есть коренной элементъ gentis. Члены подобныхъ семействъ состоятъ между собою агнатами, гентилами и когна-

---

[1]) *Lange*, Römische Alterthümer, I, 211 и 212.

[2]) *Ortolan*, Des gentils chez les romains (revue de legislation et de jurisprudence, 1840, № 11, p. 209).

[3]) *Ortolan*, ibid., 267, 268.

Digitized by Google

тами. 2) За этими семьями стоятъ другія семьи, возникшія въ невѣдомую эпоху благодаря отпущенію рабовъ на волю; это—семьи бывшихъ вольноотпущенныхъ. Члены такихъ семействъ суть агнаты и когнаты только въ предѣлахъ своей собственной семьи, а касательно прочихъ членовъ рода они именуются лишь гентилами. 3) Наконецъ, по догадкѣ Ортолана, кліенты были пріобщены къ родовому союзу посредствомъ sacra; они носили также nomen gentiiicium.

Знаменитый юристъ Мэнъ говоритъ слѣдующее [1]): римскій родовой союзъ былъ группою, составленною на подобіе семьи; то была семья, расширенная посредствомъ разнаго рода фикцій, которыхъ содержаніе утратилось еще въ глубокой древности.

Такимъ образомъ, исходнымъ пунктомъ образованія gentis берется патріархальная семья. Любопытно взглянуть на аргументацію настоящей гипотезы.

б) Свѣдѣнія изъ источниковъ римскаго права, приводимыя за сказанную гипотезу, суть слѣдующія. Во первыхъ, какъ говорятъ, названіе gens указываетъ на кровное происхожденіе членовъ родоваго союза; gens и genus имѣютъ одинъ общій корень съ санскритскимъ словомъ *dschan*, родиться [2]). Во вторыхъ, очень часто ссылаются [3]) на опредѣленіе Феста [4]): gentilis dicitur *ex eodem genere* ortus и т. д. Въ третьихъ, происхожденіе гентиловъ отъ одного общаго предка видятъ въ словахъ Варрона [5]): ut in hominibus quædam sunt agnationes ac gentilitates, sic in verbis: ut enim ab Aemilio homines orti Aemilii ac gentiles etc. Въ четвертыхъ, римскіе юристы (Ульпіанъ) называли gens именемъ familia: item appella-

---

[1]) *Мэнъ*, Древнее право, стр. 267.
[2]) *Jhering*, Geist., § 14, not. 78.
[3]) Напр., *Lange*, I, 215; *Ortolan*, 263.
[4]) По *Брунсу*, Fontes, 4 изд., p. 269.
[5]) *Bruns*, Fontes, 308, 309.

Digitized by Google

tur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur etc.[1]). Въ пятыхъ, немаловажное значеніе придаютъ характеристикѣ религіозныхъ интересовъ гентиловъ, которая встрѣчается у Феста[2]): *publica sacra*, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, *curiis*, sacellis, *at privata*, quae pro singulis hominibus, familiis, *gentibus* fiunt, т. е., publica sacra происходятъ на общественный счетъ публично, между прочимъ, и въ куріяхъ, а sacra privata—у отдѣльныхъ людей, въ семьѣ и родѣ. Изъ этого сообщенія явствуетъ, что культъ въ куріи и родѣ неодинаковъ; въ куріи — публичный, государственный культъ, а въ родѣ—такой же культъ, какъ и въ семьѣ. Значитъ, есть серьезное различіе между куріей и родомъ. Кромѣ того, въ опредѣленіи Феста касательно религіознаго культа, въ концѣ его цитаты gens поставлена рядомъ съ familia. И это сдѣлано, какъ полагаютъ, вслѣдствіе того, что имѣется много общихъ признаковъ у обоихъ понятій.

2) *Gens—религіозный союзъ*. Это мнѣніе проповѣдывалъ извѣстный французскій ученый Фюстель-де-Куланжъ[3]). Разсмотрѣвъ въ первой книгѣ своего труда вопросъ о древнихъ вѣрованіяхъ, Фюстель-де-Куланжъ пришелъ къ убѣжденію, что древняя религія была домашней религіей. Главнымъ правиломъ этой религіи было то, что каждая семья могла воздавать почтеніе только тѣмъ умершимъ, которые были связаны съ нею кровными узами. Такая религія была кореннымъ началомъ строя древней семьи; на ней была основана patria potestas и manus. Далѣе, родъ, какъ и семья, былъ ре-

---

[1]) Fr. 195, § 4. D. 50, 16.

[2]) *Festus*, v. publica sacra.

[3]) *Фюстель-де-Куланжъ*, Гражданская община, переводъ Е. Корша, книга 2, гл. 10.

Digitized by Google

лигіознымъ обществомъ; только тотъ человѣкъ считался родичемъ, который исповѣдывалъ общій родовой культъ. Фюстель-де-Куланжъ не отрицаетъ, что «со словами gens и γένος римляне и греки связывали понятіе общаго происхожденія. Это понятіе могло изгладиться, когда видоизмѣнился самый родъ, а слово уцѣлѣло въ языкѣ живымъ памятникомъ прежняго порядка»). Но авторъ не придаетъ названному обстоятельству большаго значенія. Если бы, кажется, кто-нибудь вполнѣ доказалъ, что въ римской gens не было вовсе родственниковъ, а составляли люди, соединившіеся во имя однихъ религіозныхъ интересовъ, то мнѣніе Фюстель-де-Куланжа о характерѣ родоваго союза нисколько отъ этого не пострадало бы, потому что въ основу gentis оно кладетъ общій культъ. А аргументація общаго родоваго культа, построенная на источникахъ, дѣйствительно, не можетъ подлежать сомнѣнію[2]).

3) *Gens—военная ассоціація.* Съ легкой руки Нибура[3]), пошло въ ходъ мнѣніе, по которому gens представляется не родственнымъ и не религіознымъ союзомъ, а первичнымъ аггрегатомъ индивидовъ, сплотившихся ради общаго интереса — защиты противъ внѣшнихъ враговъ. Это мнѣніе охотно принимается многими историками и юристами[4]). Французскій ученый Жиро написалъ отдѣльную статью въ защиту гипотезы Нибура[5]).

Начальная политическая организація у римлянъ заключалась въ томъ, что весь римскій народъ состав-

---

[1]) Ibid., стр. 137.

[2]) Ibid., стр. 130—134.

[3]) *Niebuhr*, römische Geschichte. I, глава подъ названіемъ: Die Geschlechter und Curien (въ 4 изданіи, стр. 321—385).

[4]) *Schwegler*, Röm. Geschichte, 2 изд., I, 612—615.

[5]) *Giraud*, De la gentilité romaine, Revue de législation et de jurisprudence, 1846, III, 385—434.

Digitized by Google

лялъ три трибы, изъ которыхъ каждая подраздѣлялась на 10 курій, а курія состояла изъ 10 декурій. Вотъ, по мнѣнію Нибура, названія decuria и gens были синонимами; со временемъ слово gens вытѣснило даже имя decuria. Такимъ образомъ, gens характеризуется, какъ политическая единица, какъ фракція куріи; все это было дѣломъ искусственной систематизаціи, вызванной административными потребностями безо всякаго отношенія къ вопросу о настоящихъ или предшествовавшихъ родственныхъ узахъ членовъ рода.

Далѣе, укажемъ на главныя соображенія, на которыхъ построена разсматриваемая гипотеза.

а) Вполнѣ аналогичную организацію видятъ въ древне-греческомъ γένος, подраздѣленіи фратріи. Во всякой фратріи 30 γένη — слѣдовательно, всего 360 γένη. Такое число родовъ, по всей вѣроятности, явилось не естественнымъ путемъ, а было придумано. Оно напоминаетъ, по догадкѣ Нибура [1]), число мѣсяцевъ и дней въ солнечномъ году [2]). Точно также, говоритъ Нибуръ, сумма римскихъ родовъ (300) относится къ числу дней циклическаго года (304), какъ сумма аттическихъ γένη (360) относится къ числу дней солнечнаго года (365) [3]). Кромѣ того, 300 gentes прямо соотвѣтствуютъ 300 сенаторамъ. Вотъ, въ чемъ заключается первый положительный аргументъ за искусственное образованіе родоваго союза [4]). Далѣе.

---

[1]) *Niebuhr*, 328.

[2]) Греки-родичи назывались γεννηταὶ и ὁμογάλακτες. По объясненію греческихъ писателей, подъ словами этими не надо разумѣть людей, въ организмѣ которыхъ течетъ одна и та же кровь, но οἱ ἐξ ἀρχῆς ἐς τὰ καλούμενα γένη καταμηθέντες (κατ-ἀμάω — собираю). См. *Schwegler*, 613, not. 3; *Giraud*, 391—395.

[3]) *Niebuhr*, 385.

[4]) Помимо этой, такъ сказать, ариѳметической аналогіи, приводятъ еще нѣкоторыя другія. Напримѣръ, Жиро подмѣтилъ въ словахъ Гая,

Digitized by Google

б) древніе писатели сообщаютъ, что римская gens возникла благодаря законодательному акту. Именно, Діонисій Галикарнасскій[1]) говоритъ, что Ромулъ раздѣлилъ куріи на декады (декуріи). По мнѣнію Швеглера[2]), Діонисій могъ подразумѣвать подъ этими декадами только gentes; онъ назвалъ gens именемъ декады, такъ какъ по своей первоначальной структурѣ каждая gens представляла собою замкнутое цѣлое, состоящее изъ 10 фамилій. Или еще Сервій, комментировавшій Энеиду, по замѣчанію Жиро[3]), опредѣлилъ gens, какъ sociorum multitudo.—Такого рода положительныя доказательства встрѣчаются у защитниковъ настоящей гипотезы; эти же защитники, не имѣя ничего противъ того, что у родичей былъ общій культъ, вмѣстѣ съ тѣмъ оспариваютъ нѣкоторые аргументы сторонниковъ первой гипотезы, по которой gens разсматривается ассоціаціей родственниковъ.

в) Такъ, говорятъ они, nomen gentilicium въ патронимической формѣ ведетъ свое начало не отъ общаго предка, а вѣрнѣе всего отъ какого-нибудь героя. Въ Греціи названія многимъ gentes давались по имени эпонимовъ и разныхъ героическихъ личностей (Гомериды — отъ Гомера[4]), и т. д.). Тоже и въ Римѣ; напримѣръ, gens Julia происходитъ отъ Julus, сына Энея,

---

цитирующаго законъ Солона (fr. 4 D. 47, 22), взглядъ на греческій родовой союзъ, какъ на товарищество (ἑταιρία).

[1]) *Dion.*, II, 7.

[2]) *Schwegler*, 614.

[3]) *Giraud*, 400. Мѣста изъ источниковъ, опредѣляющія gens, собраны, напримѣръ, у *Voigt*, Die XII Tafeln, II, 760, not. 2, 8.

[4]) По мнѣнію *Грота* (History of Greece, II, 176—178), всѣ поэтическія произведенія, приписываемыя Гомеру, представляютъ собою продуктъ совокупнаго труда цѣлой gentis или клана Гомеридовъ, т. е., gentis, у которой общимъ предкомъ считался Гомеръ, божественный или полубожественный эпонимъ.

Digitized by Google

Фабіи—отъ одного изъ сыновей Геркулеса [1]). Gens Fabia, замѣчаетъ Жиро [2]), состояла изъ 1200 человѣкъ; проще всего разумѣть подъ gens Fabia не familia Fabia, а особый кланъ Фабіевъ [3]).

г) Въ вышеуказанномъ нами отрывкѣ Феста: gentilis dicitur *et* ex eodem genere ortus — Жиро обращаетъ особенное вниманіе на союзъ *et*; причемъ для того, чтобы устранить намекъ на общее происхожденіе гентиловъ, онъ предлагаетъ разсматривать союзъ et раздѣлительнымъ, а не соединительнымъ союзомъ.

И такъ, мы представили краткій обзоръ трехъ гипотезъ, имѣющихъ исходнымъ пунктомъ по одному изъ факторовъ общественной организаціи. Въ заключеніи, мы должны сказать, что нѣкоторые ученые принимаютъ въ расчетъ всѣ три фактора вмѣстѣ.

4) *Gens — военный союзъ* агнатовъ, исповѣдующихъ общій культъ. За эту гипотезу стоятъ Іерингъ [4]), Тролонъ [5]) и др.

Тролонъ написалъ статью съ цѣлью сдѣлать поправку въ воззрѣніяхъ Жиро: возстановить значеніе родственнаго элемента, отъ котораго Жиро отказался. Невозможно допустить, по словамъ Тролона [6]), чтобы одно только общее имя родичей опредѣляло ихъ семейныя права, нельзя не заподозрѣть въ основѣ общаго имени чего-нибудь инаго, служащаго доказательствомъ того, что общее имя (homonymie) не есть явленіе случайное. Я полагаю, вмѣстѣ съ Куяціемъ, Гейнекціемъ

---

[1]) *Niebuhr*, 328, 329.

[2]) *Giraud*, 405.

[3]) *Giraud*, 408: въ выраженіяхъ Цицерона слово gentilis большею частью означаетъ parent de nom et non de sang (не родственникъ).

[4]) *Jhering*, Geist., § 14 и др.

[5]) *Troplong*, Observations sur la gentilité romiane telle que l'a décrite M. Giraud (Revue de législation, 1847, № 4, 1—30).

[6]) Ibid., p. 29.

Digitized by Google

и Потье, заключаетъ Тролонъ,— что gens возникла путемъ генераціи. Изъ этого не слѣдуетъ, что надо исключить семейныя отношенія, построенныя на актѣ усыновленія; въ древности часто прибѣгали къ фикціи, но фикція представляетъ собою подражаніе природѣ; она слѣдовала за природой, а не предшествовала ей.

Іерингъ при изслѣдованіи семейнаго принципа, въ качествѣ фактора государственнаго устройства, приходитъ къ слѣдующему результату[1]): gens есть тожество семьи и государства; ее возможно обозначить, какъ угодно, и семьей политическаго характера, и политическимъ союзомъ съ семейнымъ характеромъ. Gens возникаетъ изъ семьи и сохраняетъ сущность семейнаго устройства; но по мѣрѣ того, какъ родъ становится политическимъ учрежденіемъ, политическая сторона его производитъ вліяніе на семейно-правовую сторону, равно какъ и послѣдняя оказываетъ дѣйствіе на первую. И обѣ стороны на столько взаимно переплетаются, что точное обособленіе ихъ съ трудомъ возможно.—Въ другомъ мѣстѣ[2]), при объясненіи вліянія военнаго устройства на право и государство, Іерингъ характеризуетъ курію, какъ организованный отдѣлъ войска. И тутъ же онъ сопоставляетъ gens съ куріей.

Родъ также есть отдѣлъ войска, говоритъ Іерингъ, но только не искусственный отдѣлъ; придумано лишь *число* родовъ. Поддержаніе извѣстнаго числа gentium не было предоставлено одному факту размноженія родичей, а всегда дѣлалось такъ, что мѣсто выбывшей gentis въ куріи занималъ новый родъ.

Таковы гипотезы историковъ и юристовъ, занимавшихся вопросомъ о возникновеніи римской gens. Однако, не такъ давно этотъ же вопросъ былъ затронутъ

---

[1]) *Jhering*, Geist, § 14 (изд. 1878 г., стр. 184).
[2]) Ibid., § 17, p. 248.

Digitized by Google

въ этнологическихъ изслѣдованіяхъ въ связи съ постановкой болѣе широкаго вопроса о древне-родовомъ бытѣ вообще. Теперь мы обратимъ вниманіе на гипотезы этнологовъ.

II) *Гипотезы этнологовъ*. Намъ не безъинтересно будетъ, хотя бы въ немногихъ словахъ, сначала сказать объ этнологическихъ обобщеніяхъ по нашему вопросу, основанныхъ на длинномъ рядѣ наблюденій надъ жизнью народовъ древности и современныхъ дикарей, потому что эти обобщенія принимаются въ расчетъ тѣми изъ изслѣдователей, которые спеціально занимались римской gens.

1) Вотъ, какъ представляютъ себѣ начальныя людскія ассоціаціи наиболѣе извѣстные этнологи.

а) Летурно, представивъ обзоръ развитія различныхъ первобытныхъ сообществъ настоящаго и древняго времени, приходитъ къ такимъ обобщеніямъ [1]). Всѣ расы человѣческія, говоритъ онъ, — дебютировали стадною жизнью; нѣкоторыя группы до сихъ поръ еще находятся въ такомъ состояніи. Люди жили маленькими ордами (de petites hordes), не знающими семьи, законовъ, промышленности; ожесточенно они боролись за свое существованіе. Но мало-по-малу, въ силу различныхъ обстоятельствъ (par la force des choses), началъ развиваться соціальный инстинктъ, племенныя сообщества расширялись; нѣсколько ордъ вмѣстѣ соединялись, стала замѣтною семейная организація.

б) Племенныя товарищества (Geschlechtsgenossenschaften), говоритъ Постъ, — возникаютъ еще въ доисторическій періодъ, въ эпоху бродячей и кочевой жизни народовъ; затѣмъ, они продолжаютъ существовать и во время осѣдлой жизни до тѣхъ поръ, пока государствен-

---

[1]) *Letourneau*, 517 и слѣд. Тутъ онъ разсматриваетъ évolution sociale et politique de l'humanité.

Digitized by Google

ный бытъ не беретъ верхъ надъ родовымъ бытомъ[1]). Въ первомъ фазисѣ такія сообщества покоятся на кровныхъ узахъ сотоварищей, а потомъ и на фактѣ совмѣстнаго жительства на общей территоріи[2]). Эти примитивныя сообщества представляютъ собою оборонительно-наступательные союзы (Schutz- und Trutzverbände), въ которыхъ всѣ говорятъ на одномъ языкѣ, имѣютъ общій культъ, общее имущество.—Въ исторической послѣдовательности прежде всего замѣчаются родственные союзы (blutsverwandte Verbände), а потомъ и территоріальные союзы (Dorf- und Gaugemeinschaften).

Родственные союзы бываютъ двоякаго рода. Во первыхъ, нѣкоторые изъ нихъ построены на системѣ родства только по женской линіи. Прототипомъ (Urtypus) подобныхъ союзовъ можетъ служить такой союзъ, въ которомъ сотоварищи полагаютъ, что они ведутъ свое происхожденіе отъ общей прародительницы (Stammmutter). Но, по большей части, въ родственныхъ союзахъ на ряду съ родственниками живутъ и чужаки, принятые въ качествѣ родственниковъ. Во вторыхъ, еще чаще встрѣчаются родственные союзы, въ которыхъ родство исчисляется исключительно по мужской линіи, а товарищи увѣрены, что они происходятъ отъ общаго предка (Stammvater).—Что касается историческаго соотношенія тѣхъ и другихъ союзовъ, то, по словамъ Поста (ibid., 24), со сравнительно-этнологической точки зрѣнія очень трудно представить себѣ появленіе агнатически-род-

---

[1]) *Post*, Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit, 3; *Bausteine*, II, 12--38.

[2]) *Эспинасъ*, авторъ сочиненія: Соціальная жизнь животныхъ (русскій переводъ Павленкова 1882), изслѣдуя (стр. 386), причины образованія сообщества среди животныхъ, замѣчаетъ у нихъ также нѣсколько классовъ племенныхъ сообществъ (sociétés ethniques): 1) случайныя произвольныя, 2) произвольныя кратковременныя и 3) произвольныя постоянныя.

Digitized by Google

ственныхъ союзовъ, въ качествѣ вполнѣ первичныхъ сообществъ; гораздо проще смотрѣть на нихъ, какъ на союзы, развившіеся изъ предшествовавшихъ сообществъ съ женской филіаціей, замѣненной со временемъ мужскою филіаціей.

Территоріальные союзы составлялись изъ совокупности патріархальныхъ семей. Примѣромъ могутъ служить римскія трибы, состоявшія изъ нѣсколькихъ gentes съ патріархальной организаціей. Вообще, появленіе территоріальныхъ союзовъ слѣдуетъ отнести къ позднѣйшей ступени прогресса сравнительно съ возникновеніемъ родственныхъ союзовъ.

в) *Макъ-Леннанъ*, разсматривая вліяніе древнихъ системъ родства на структуру первобытныхъ группъ [1]), разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ:

На самой низкой ступени цивилизаціи люди ведутъ стадный образъ жизни (were gregarious); такимъ первобытнымъ группамъ людей сначала неизвѣстна была идея родства, ибо, хотя родственныя отношенія и покоятся на фактѣ физическомъ, однако ихъ возможно распознать только путемъ наблюденія и размышленія (through observation and reflexion). И вотъ, прежде всего человѣкъ подмѣчаетъ, что онъ одной крови съ дѣтьми сестры своей матери. Этимъ путемъ на первыхъ порахъ слагается система родства по женской линіи [2]); и на основаніи новаго взгляда на взаимныя отношенія, у членовъ примитивной группы возникаетъ понятіе о племенѣ (the conception of stocks); самыя группы людей

---

[1]) *M.-Lennan*, Studies, cap. 8 (pp. 121—211) и cap. 9 (pp. 212—226).

[2]) Женская филіація, главнымъ образомъ, соотвѣтствуетъ поліандріи, которую Леннанъ признаетъ слѣдующей формой брачныхъ отношеній послѣ promiscuity. Онъ очень долго останавливается на поліандріи (131—167).

Digitized by Google

становятся одноименными (homogeneous)[1]. Далѣе, по мѣрѣ успѣховъ цивилизаціи въ родственныхъ отношеніяхъ, рядомъ съ матерью выступаетъ отецъ, который со временемъ устраняетъ мать; появляется въ первобытныхъ группахъ система родства исключительно по отцу, агнатическая система. Въ это время образуется настоящая фамильная жизнь. — И такъ, порядокъ соціальнаго прогресса, по Леннану, слѣдующій: а) въ самомъ началѣ—первобытная группа людей, не знающихъ родства; эта группа, по терминологіи Леннана, называется трибой; б) затѣмъ въ трибѣ обособляются отдѣльныя племена (gentes or houses) и в) наконецъ, появляются семьи, familiae.

г) *Въ итогѣ* оказывается, что въ этнологическихъ изслѣдованіяхъ самая примитивная ассоціація людей характеризуется въ видѣ стаднаго образа жизни, въ которой индивидуальныя отношенія игнорируются. Такую первобытную ассоціацію англичане называютъ просто primitive group, французы—la horde, нѣмцы—Genossenschaft и Horde [2]. Съ развитіемъ родственныхъ отношеній, группы людей получаютъ болѣе правильную организацію; въ такомъ видѣ ихъ называютъ — blutsverwandte Verbände и gentes. Въ этихъ gentes послѣдовательно смѣняютъ другъ друга двѣ системы родства: по женской и мужской линіямъ; сначала дѣти группируются около матери, а потомъ живутъ въ патріархальной семьѣ.

---

[1]) Постъ даетъ названіе: Friedensgenossenschaft. *Гумбловичъ* (Gumblowicz, Staatsrecht, p. 74) предлагаетъ замѣнить Genossenschaft словомъ Horde на томъ основаніи, что съ именемъ товарищества современные ученые связываютъ представленіе о *добровольномъ* соединеніи людей, чего нѣтъ у первобытныхъ народовъ.

[2]) До этого же времени индивиды, не имѣя понятія о родственныхъ отношеніяхъ между собою, считались какъ бы принадлежащими всей группѣ, а не лично связанными другъ съ другомъ (affiliated not o persons, but to groupes).

Digitized by Google

Защитникомъ прежней теоріи происхожденія родоваго союза изъ отдѣльныхъ патріархальныхъ семей противъ новѣйшихъ гипотезъ этнологовъ выступилъ недавно (1883 г.) Генри Мэнъ въ своемъ трудѣ: Dissertations on early law and custom. Въ седьмой главѣ этого сочиненія онъ подвергаетъ критикѣ разсмотрѣнныя теоріи о примитивномъ обществѣ [1]).

Когда я началъ писать мое изслѣдованіе о древнемъ правѣ (Ancientlaw), говоритъ Мэнъ (p. 192), построеніе патріархальной теоріи было далеко неясно, хотя эта теорія ведетъ свое начало съ древнихъ временъ [2]). На пути авторъ встрѣчалъ много препятствій, въ видѣ апріорныхъ теорій, основанныхъ на естественномъ правѣ и состояніи людей. Мэну пришлось впервые иллюстрировать патріархальную теорію фактами изъ жизни древнихъ (особенно, изъ римскаго и индусскаго быта). И все таки онъ полагалъ въ своемъ «Ancient law», что его выводы говорятъ не *за то*, чтобы всѣ древнія общества возникли благодаря происхожденію отъ общаго предка, но они убѣждаютъ въ томъ, что только тѣ изъ древнихъ обществъ, которыя отличались постоянствомъ и солидностью, или дѣйствительно появились такимъ образомъ или предполагалось, будто они такъ возникли (p. 199). Новѣйшая-же теорія (Мэнъ, собственно говоря, полемизируетъ съ М—Леннаномъ и Морганомъ), вопреки патріархальной, производитъ меньшія группы (семьи) изъ бо́льшихъ (примитивныхъ сообществъ), а не

---

[1]) Полной критической замѣтки о трудѣ Мэна до сихъ поръ не было написано. Наиболѣе обстоятельная рецензія (Edinburgh review, 1883 г., 333—354) не касается седьмой главы.

[2]) Платонъ и Аристотель, напримѣръ, ради характеристики варварскаго періода указывали на циклоповъ, которые, «не собирались вмѣстѣ на совѣщаніе и на судъ, а каждый изъ нихъ имѣлъ юрисдикцію надъ своей женой и дѣтьми».

Digitized by Google

наоборотъ. И вотъ, склоняясь предъ очевидностью, отказываясь устранить возраженія этнологовъ на прежніе взгляды (по Леббоку, патріархальная теорія оперируетъ съ фактами изъ позднѣйшей исторіи человѣчества, и т. под.), Мэнъ, въ свою очередь, дѣлаетъ на нихъ нападки (p. 204: both — и патріархальная и новѣйшая теоріи — are open to considerable objection as universal theories of the genesis of society). Однако нападки Мэна намъ не кажутся вполнѣ неотразимыми. Разсмотримъ ихъ.

а) Съ физіологической точки зрѣнія дѣти одного отца всегда отличаются отъ дѣтей другихъ группъ людей (p. 202). Семья на самомъ дѣлѣ всегда существовала, но она не всегда распознавалась, потому что обстоятельства долго мѣшали первобытнымъ людямъ открыть отчество, въ качествѣ контраста материнству. Познаніе отчества—дѣло умозаключенія (matter of inference), а открытіе материнства—дѣло наблюденія (matter of observation). Приведенныя соображенія раздѣляются, какъ мы видѣли, и этнологами; они не подрываютъ ихъ гипотезы.

б) Безпорядочное половое сожительство порождаетъ безплодіе, замѣчаетъ Мэнъ (p. 205).—Этотъ фактъ былъ подмѣченъ и этнологами; желаніе имѣть здоровое потомство признается у нихъ однимъ изъ мотивовъ перехода отъ гетеризма къ постояннымъ брачнымъ отношеніямъ.

в) Существенное препятствіе гетеризму Мэнъ видитъ въ чувствѣ ревности, которое съ другой стороны очень пригодно для патріархальной теоріи, такъ какъ оно служитъ связующимъ элементомъ въ семейныхъ отношеніяхъ (p. 206 и слѣд.). Вмѣстѣ съ тѣмъ, патріархальная теорія считаетъ характернымъ признакомъ агнатической семьи власть домовладыки, а главнымъ мотивомъ проявленія этой власти Мэнъ признаетъ также чувство ревности; между тѣмъ, сторонники противной теоріи должны предполагать, что люди очень долго не знали

Digitized by Google

чувства половой ревности (p. 216). — Но дѣло въ томъ, что Мэнъ слишкомъ идеализируетъ въ данномъ случаѣ чувство половой ревности. По замѣчаніямъ новѣйшихъ біологовъ и психологовъ, ревность извѣстна не только первобытнымъ людямъ, но даже животнымъ, оспаривающимъ нерѣдко другъ у друга обладаніе самкою.

г) Мэнъ полагаетъ, что въ первобытныхъ обществахъ число мужчинъ превышало количество женщинъ, а это обстоятельство не мѣшало моногаміи (pp. 209—215); но если даже допустить, что количественное отношеніе представителей обоихъ половъ на самомъ дѣлѣ оправдывало статистическую догадку Мэна, то вмѣстѣ съ тѣмъ, оно не могло препятствовать и гетеризму. Во всякомъ случаѣ, сказанный аргументъ не приноситъ ни пользы, ни ущерба обѣимъ теоріямъ.

д) Самый неудовлетворительный пунктъ въ теоріи Леннана и Моргана, по словамъ Мэна (p. 217), — объясненіе перехода отъ материнства къ отчеству. Морганъ, повидимому, думаетъ, что отчество обязано своимъ появленіемъ признанію его со стороны всего общества; Леннанъ опредѣленно высказывается за то, что оно возникло изъ обычая предполагаемыхъ отцовъ дѣлать подарки предполагаемымъ дѣтямъ. — Ничего не имѣя противъ несостоятельности догадокъ обоихъ этнологовъ, едва-ли однако возможно утверждать, что настоящій вопросъ вовсе нельзя объяснить вполнѣ удовлетворительно.

е) Возраженія Мэна (p. 221—228) противъ терминологіи Леннана и ея дальнѣйшихъ послѣдствій (нельзя противополагать экзогамію эндогаміи, такъ какъ въ примитивныхъ обществахъ та и другая система брака существуютъ одновременно) — эти возраженія нисколько не подрываютъ общую этнологическую гипотезу развитія первобытныхъ обществъ.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, познакомившись съ современной постановкой вопроса о происхожденіи первобытныхъ обществъ въ этнологическихъ изслѣдованіяхъ, мы теперь представимъ взглядъ этнологовъ на образованіе римскаго родоваго союза.

2) Вопросъ *объ образованіи римской gens* съ этнологической точки зрѣнія представляется, конечно, однимъ изъ частныхъ вопросовъ, который разрѣшается на основаніи всѣхъ приведенныхъ соображеній. И вотъ, Макъ-Леннанъ, довольно удачно доказалъ, какъ выражается Постъ [1]), возможность развитія римской gens (равно какъ и греческаго γένος) изъ первоначальнаго родоваго союза, въ которомъ сначала существовала система родства по женской линіи [2]). За Леннаномъ послѣдовалъ Жиро-Телонъ, подробнѣе остановившійся на этомъ же вопросѣ [3]). Оба автора берутъ исходнымъ пунктомъ генезиса римской соціальной жизни римскую трибу, въ смыслѣ простой группы первобытныхъ людей. Римская триба вмѣщала въ себѣ отдѣльныя gentes съ различными наименованіями. Послѣднее обстоятельство происходило благодаря двумъ причинамъ: во-первыхъ, вслѣдствіе господствовавшей въ то время экзогаміи, т. е. вслѣдствіе обычая брать женщинъ изъ другихъ трибъ, и во-вторыхъ благодаря тогдашней женской филіаціи. Другими словами, gentes именовались неодинаково, потому-что члены ихъ носили имена матерей, происходившихъ изъ различныхъ трибъ. Такимъ образомъ, gentes были римскими семьями самыхъ первобытныхъ временъ [4]). (Слово-же familia позднѣйшаго происхожденія; оно указываетъ, собственно говоря, на хозяйство (οἶκος-домъ)

---

[1]) *Post*, Bausteine, 24.

[2]) *M—Lennan*, Studies, 217—226.

[3]) *G—Teulon*, Origines, chap. V: hypothèses sur les origines de la gens.

[4]) Ibid, 206, 212.

Digitized by Google

полноправнаго гражданина, paterfamilias; слѣдовательно, это слово появилось лишь со времени возникновенія частной собственности и агнатическаго родства) [1]). — Далѣе, въ моментъ, который не можетъ быть констатированъ исторически, когда родство стало агнатическимъ, характеръ всѣхъ первобытныхъ группъ сдѣлался, по выраженію Телоня, стереотипнымъ, потому что женщины не передавали болѣе имена своимъ дѣтямъ; причины разноименности перестали существовать. Новорожденныя дѣти принадлежали къ поколѣнію своихъ отцовъ; можетъ быть, въ это время возникъ и обычай симулировать общее происхожденіе отъ какого-нибудь знаменитаго предка. Такая фикція изгладила воспоминаніе о прежней разноименности первобытной группы [2]).

Въ самомъ началѣ историческаго періода римскаго права первый фазисъ соціальнаго развитія, система первобытной группы или трибы, болѣе не существовалъ. Даже гентильная система исчезла подъ вліяніемъ агнатическаго родства. Агнатическая реформація совсѣмъ была закончена въ патриційскихъ gentes; и въ плебейскихъ gentes появлялись патріархальныя фамиліи [3]).

Что касается доказательствъ вышеизложеннаго по источникамъ права римскаго, то всѣ свѣдѣнія о замѣнѣ женской филіаціи мужскою, приведенныя у Жиро-Телоня [4]), нами были разсмотрѣны въ первомъ очеркѣ.

III. *Параллели*. Разсматривая различныя теоріи

---

[1]) Ibid. Familia наводитъ на мысль о правѣ собственности. По этому поводу очень часто цитируютъ слова Цавла Діакона: famuli origo ab oscis dependet, apud quos servus famel dicebatur, unde et familia vocata. Слово же gens (genitor, gignere) воспроизводитъ представленіе о кровномъ происхожденіи.

[2]) *G.—Teulon*, 217, 218.

[3]) То обстоятельство, что въ патриційскихъ gentes попадались плебейскія фамиліи и наоборотъ Ж.—Телонъ предлагаетъ объяснять посредствомъ transitiones ad plebem и transitiones a plebe (p. 228).

[4]) Ibid, 220—232.

Digitized by Google

образованія римскаго родоваго союза, мы видѣли, какъ относились къ этому вопросу классическіе писатели, современные историки и юристы и, наконецъ, этнологи. Во всѣхъ этихъ мнѣніяхъ замѣчается слѣдующая послѣдовательность.

1) Классическіе писатели не оставили намъ спеціальнаго трактата о римской gens; они лишь между прочимъ коснулись этого вопроса. Не имѣя отчетливаго представленія объ общемъ развитіи древне-римской соціальной жизни, римскіе и греческіе писатели не старались разработать исторію родоваго быта. По большей части, они занимались только опредѣленіями современнаго имъ смысла тѣхъ словъ (gens, gentilis), которыя сохранились отъ временъ давнопроше дшихъ [1]). Но эти опредѣленія не совсѣмъ ясны и довольно сбивчивы; на нихъ можно дѣлать много различныхъ толкованій [2]). — Однако и древніе писатели съумѣли подмѣтить нѣсколько факторовъ соціальной организаціи: родственный элементъ (Ульпіанъ и др.), религіозный элементъ (Фестъ и др.); а у нѣкоторыхъ писателей (по Нибуру, у Діонисія Галикарнасскаго) есть намекъ на то, что родовой союзъ имѣлъ характеръ военной корпораціи.

2) Въ историческихъ и юридическихъ изслѣдованіяхъ по данному вопросу въ настоящемъ столѣтіи было двоякое направленіе. Во-первыхъ, изслѣдователи занимались подробнымъ анализомъ каждаго изъ трехъ на-

---

[1]) По замѣчанію *Mispoulet*, les institutions politiques des romains I, 10,—наиболѣе полное опредѣленіе gentis принадлежитъ Цицерону, который видитъ въ современной ему gens 4 признака: 1) communauté de nom, 2) ingenuité, 3) aucune trace servile parmi les ascendants и 4) absence de capitis deminutio.

[2]) На этихъ опредѣленіяхъ, какъ мы знаемъ, современные историки и юристы строятъ свои гипотезы. И вотъ, противъ аргументовъ каждой изъ этихъ гипотезъ нерозъ можно дѣлать серьезныя возраженія, какъ это показалъ, напримѣръ, Тролонъ Revue de législation, 1847, 4, 5—20).

Digitized by Google

званныхъ элементовъ (Ланге, Ф—де-Куланжъ, Нибуръ и др.); во вторыхъ, иногда объясняли первобытную общественную организацію совокупнымъ воздѣйствіемъ всѣхъ соціальныхъ факторовъ вмѣстѣ (Іерингъ, Тролонъ и др.).

3) Этнологи внесли очень важную поправку въ одинъ изъ упомянутыхъ факторовъ; именно, они приняли въ разсчетъ еще болѣе отдаленное устройство семейной жизни сравнительно съ патріархальной семьей. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія эволюціонной теоріи, gens въ томъ видѣ, въ какомъ она представляется намъ по опредѣленіямъ древнихъ писателей (военный союзъ родственниковъ, исповѣдующихъ общій культъ и живущихъ патріархальною жизнью) — въ этомъ видѣ gens не есть самый первичный общественный союзъ. Не безъ основанія можно предполагать (благодаря общимъ соображеніямъ о развитіи первобытныхъ обществъ и нѣкоторымъ остаткамъ римскаго допатріархальнаго быта), что классическому типу родоваго быта предшествовалъ иной типъ, намѣченный этнологами [1]).

Вотъ, послѣднее обстоятельство имѣетъ для насъ большое значеніе въ виду предстоящаго изложенія исторіи первоначальнаго наслѣдованія безъ завѣщанія.

---

[1]) На основаніи приведенныхъ параллелей можно представить себѣ слѣдующую схему:

Формація 1 порядка (семья).			Формація 2-го порядка (родовой союзъ).
орда (триба)	gens (женск. фил.)	familia (мужск. ф.)	нѣсколько gentes (состоящихъ изъ familiae) = curia (подраздѣлен. на decuriae).

Digitized by Google

Начальная исторія наслѣдованія безъ завѣщанія.

Если мы обратимъ вниманіе на отправные пункты романистовъ, занимавшихся первичной исторіей римскаго наслѣдованія ab intestato, то мы замѣтимъ, что они начинаютъ излагать наслѣдованіе цивильнаго періода съ характеристики римской familia вообще и familia defuncti въ частности. Они указываютъ на то, чѣмъ отличалась римская familia отъ современной семьи, какіе члены семьи наслѣдовали и т. д. Главнымъ источникомъ для нихъ служатъ, конечно, постановленія XII таблицъ. Періода, предшествовавшаго XII таблицамъ, они мало касаются; если-же и говорятъ о немъ, то и при этомъ имѣютъ въ виду только патріархальный бытъ. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, съ нѣкоторой достовѣрностью можно предполагать, что предки римлянъ были знакомы также съ бытомъ допатріархальнымъ. На этомъ основаніи, намъ слѣдуетъ прежде всего отдѣльно сказать объ обширной эпохѣ до XII таблицъ, а потомъ перейти къ законодательству децемвировъ.

А) Эпоха до XII таблицъ.

А) Эпоха до XII таблицъ — время совсѣмъ темное; у классическихъ писателей ничѣмъ нельзя позаимствоваться по вопросу о наслѣдованіи ab intestato. Поэтому, и

Digitized by Google

всякія предположенія будутъ лишь гадательны. Этнологи дѣлаютъ догадки на основаніи общихъ соображеній объ историческомъ развитіи права наслѣдованія, а нѣкоторые романисты строятъ гипотезы, такъ сказать, ex post facto, т. е. на основаніи послѣдующихъ явленій. Скажемъ о догадкахъ тѣхъ и другихъ ученыхъ.

1) Одинъ изъ американскихъ ученыхъ *Льюисъ Морганъ*, посвящаетъ двѣ главы вопросу о правилахъ древняго порядка наслѣдованія [1]). Имѣя въ виду общую постановку этого вопроса, онъ ставитъ его въ зависимость отъ развитія права собственности; а исторія собственности была связана, какъ онъ полагаетъ, съ прогрессомъ въ области открытій и изобрѣтеній. — Авторъ отмѣчаетъ слѣдующіе характерные періоды этого прогресса.

а) *Состояніе дикости* (status of savagery). Люди мало по малу селятся отдѣльными gentes, которыя вмѣстѣ составляютъ одну трибу. Понятіе о собственности и наслѣдственномъ преемствѣ имущества крайне неразвито. Земля считается достояніемъ цѣлой трибы, а большая часть другихъ предметовъ, не скоро возростающихъ въ числѣ по мѣрѣ медленнаго успѣха въ изобрѣтеніи ихъ, идетъ на удовлетвореніе насущныхъ потребителей. Впрочемъ, небольшаго излишка было достаточно для того, чтобы возбудить вопросъ о наслѣдованіи (to raise the question of inheritance). Но по отношенію этого вопроса надо сказать, что мы вовсе не имѣемъ свѣдѣній о распредѣленіи посмертныхъ остатковъ имущества до тѣхъ поръ, пока не появились gentes. Вмѣстѣ съ появленіемъ gentes возникло и *первое правило* наслѣдованія, по которому вещи умершаго человѣка шли въ пользу

---

[1]) *Morgan*, Ancient society, часть 4: growth of idea of property (глава 1 и 2: three rules of inheritance).

Digitized by Google

гентиловъ [1]). На самомъ дѣлѣ, говоритъ Морганъ, эти вещи, можетъ быть, присвоивалъ ближайшій родичъ (the nearest of kin), но по общему принципу собственность должна была оставаться въ родѣ умершаго; только родичи участвовали въ дѣлежѣ наслѣдства. Дѣти наслѣдовали матери, они ничего не получали отъ ихъ предполагаемаго отца (*reputed father*).

б) *Первый періодъ варваризма* (the lower status of barbarism) продолжался отъ изобрѣтенія глиняной посуды до одомашенія животныхъ. Земли находились по прежнему въ теченіе этого періода въ собственности цѣлой трибы; но владѣніе поземельное начало обособляться: отдѣльный человѣкъ или группа людей одной gens могла владѣть землею. Въ способѣ распредѣленія наслѣдства прокладываетъ себѣ дорогу *второе правило наслѣдованія*, по которому собственность переходитъ къ агнатамъ; остальные гентилы исключаются изъ круга наслѣдниковъ.

в) *Второй періодъ варваризма* (the middle status of barbarism)—эпоха разработки хлѣбныхъ растеній и т. п. Почти всюду преобладаетъ агнатическое родство; существенныхъ измѣненій въ правилахъ наслѣдованія не было.

г) *Третій періодъ варваризма* (the upper status of barbarism) есть, такъ сказать, періодъ желѣзный; онъ ведетъ начало съ тѣхъ поръ, какъ люди научились ковать желѣзо. Въ это-же время началось и болѣе правильная, систематическая обработка земли. Въ семейной жизни преобладаетъ бытъ патріархальный; семьи обособляются, индивидуализируются. У всѣхъ членовъ семьи есть общій интересъ; совокупные труды отца

---

[1]) Сказанное правило (собственость не должна выходить изъ рода) было основнымъ принципомъ наслѣдованія также въ греческомъ и римскомъ родовомъ быту.

Digitized by Google

и дѣтей направлены на обработку одной и той-же земли, уходъ за домашними животными и т. д. Естественно, у дѣтей возникаютъ справедливыя притязанія заполучить по смерти отца ту собственность его, въ пріобрѣтеніе которой они вложились своими трудами. Такимъ путемъ слагается *третье правило наслѣдованія*, передающее право наслѣдованія дѣтямъ умершаго собственника. Но и второе правило, наслѣдованіе агнатовъ, могло постоять за себя (to assert itself) при новомъ порядкѣ вещей. Третье правило лишь нежданно примкнуло (to supervene) ко второму.

По законодательству XII таблицъ, говоритъ въ заключеніи Морганъ [1]), собственность прежде всего идетъ дѣтямъ, рядомъ съ которыми наслѣдуетъ жена умершаго; за неимѣніемъ дѣтей наслѣдникомъ является ближайшій агнатъ, а если нѣтъ агнатовъ, наслѣдство идетъ гентиламъ. — Здѣсь основной принципъ наслѣдственнаго перехода собственности въ предѣлахъ одной gentis сохраняется въ полной силѣ. И, кажется, не безъ основанія можно придти къ заключенію, что наслѣдство пріобрѣталось въ порядкѣ, обратномъ тому, какой установленъ XII таблицами: наслѣдованіе гентиловъ предшествовало наслѣдованію агнатовъ; послѣднее, въ свою очередь, предшествовало исключительному наслѣдованію дѣтей.

2) Совсѣмъ иначе представляютъ себѣ наслѣдованіе безъ завѣщанія до XII таблицъ нѣкоторые романисты.

Данцъ [2]) устанавливаетъ различіе между двоякаго рода древнимъ наслѣдованіямъ безъ завѣщанія: domestica hereditas и legitima hereditas. Подъ именемъ *domestica hereditas* разумѣется наслѣдственный переходъ

---

[1]) l. c., p. 550.

[2]) *Danz*, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 2-е изд., 88—95 (§ 160).

Digitized by Google

имущества въ предѣлахъ одной семьи; domestici heredis суть sui heredes, а sui heredes назывались лица, которыя въ моментъ смерти patrisfamilias находились подъ властью его. Подъ словами *legitima hereditas* часто понимается наслѣдованіе однихъ агнатовъ [1]). Вотъ, по мнѣнію Данца, до XII таблицъ наслѣдниками могли быть только domestici heredes, а агнаты и гентилы получили право наслѣдованія лишь со времени изданія XII таблицъ [2]). Однако, просматривая мѣста изъ источниковъ, приводимыя романистами въ пользу высказанныхъ положеній, не трудно представить слѣдующія возраженія не только противъ разграниченія двухъ понятій (domestica hereditas и legitima hereditas), но и противъ того, что до XII таблицъ была извѣстна одна domestica hereditas.

а) Насколько шатки доводы узкаго пониманія hereditas legitima, въ смыслѣ преемства одними агнатами и гентилами (а не вообще въ смыслѣ *наслѣдованія по закону*, — термина, обнимающаго собою и hereditas domestica),—видно уже изъ того, что аргументацію иногда строятъ на названіяхъ титуловъ (rubrica) Юстиніановыхъ сборниковъ права [3]). Вотъ эти названія: α) 2-й титулъ 3-й книги институцій Юстиніана носитъ заглавіе: de *legitima* agnatorum successione. Что-же изъ этого слѣдуетъ? Здѣсь рѣчь идетъ о законномъ преемствѣ (mortis causa) агнатовъ. Legitima successio — преемство установленное закономъ, именно, lege XII tabularum [4]). А изъ содержанія названнаго титула нельзя вывести, что прилагательное legitimus характеризуетъ *только* successio

---

[1]) Мѣста изъ источниковъ, на которыхъ построено сказанное различіе двухъ видовъ hereditatis, приведены у *Schirmer*, Handbuch des röm. Erbrechts, 1863 г., p 47, пр. 1.

[2]) *Danz*, l. c., p. 95. Тоже *Hölder*, *Scheurl* и др.

[3]) *Schirmer*, p. 47, not. 1.

[4]) Съ этого законодательства и начинается рѣчь о наслѣдованіи агнатовъ въ институціяхъ.

Digitized by Google

agnatorum; точно также agnati не противополагаются здѣсь sui heredes. β) 16-й титулъ 38-й книги дигестъ называется: de suis et legitimis heredibus. И здѣсь, если мы взглянемъ на содержаніе первыхъ двухъ большихъ фрагментовъ приведеннаго титула, заимствованныхъ изъ 12 и 13 книги Ульпіана ad Sabinum (въ нихъ говорится о наслѣдованіи въ болѣе обобщенной формѣ; дальше слѣдуетъ казуистика), то мы не встрѣтимъ никакого противоположенія *своего* наслѣдника (suus) законному наслѣднику (legitimus heres). Ульпіанъ комментируетъ такой порядокъ наслѣдованія, практиковавшійся въ его время: suus heres, consanguineus, agnatus protimus. γ) Павелъ въ своихъ сентенціяхъ (IV, 8 § 24) говоритъ: ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis jus amittit postliminii; въ этой фразѣ Павелъ разумѣетъ подъ словомъ legitimus heres, по всей вѣроятности, 2-й классъ наслѣдниковъ преторскаго эдикта (unde legitimi), принимавшихъ наслѣдство непосредственно за sui heredes. А по толкованію романистовъ [1]), во второй классъ наслѣдниковъ по преторскому эдикту входили цивильные наслѣдники, и sui и agnati. [2]) δ) 55-й титулъ 6-й книги кодекса Юстиніана озаглавленъ: de suis et legitimis liberis (или heredibus?) et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. И это заглавіе (не вполнѣ реставрированное) не можетъ породить недоразумѣнія послѣ всего нами сказаннаго.

---

[1]) Напримѣръ, Leist, Die bonorum possessio, I, § 33.

[2]) Fr. 2 § 4. D. 38. 7 (unde legitimi): haec autem bonorum possessio *omnem* vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex XII tab. eum *legitimum heredem* faciat, sive alia lex senatusveconsultum, т. е., въ этомъ разрядѣ призывается къ bon. pos. *всякій*, кто можетъ быть наслѣдникомъ, объявляютъ-ли его *законнымъ наслѣдникомъ* XII таблицъ, или другой законъ и сенатское постановленіе.—Такъ, если не принимаетъ наслѣдства suus heres, то наслѣдуетъ, согласно преторскому указу (edictum successorium—о немъ рѣчь въ 9 tit. 38 lib.), proximus

Digitized by Google

Такимъ образомъ, мы видимъ, что нѣтъ поводовъ придавать слишкомъ узкій смыслъ названію legitima hereditas, нѣтъ основанія отнимать отъ него значеніе наслѣдованія по закону вообще. Ужъ если римскіе юристы (Ульпіанъ въ fr. 130 D. 50. 16) не причисляли даже къ *неточнымъ* выраженіемъ (non improprie quis dixerit) слова наслѣдника по завѣщанію, говорившаго *lege* obvenire hereditatem (quia *lege* duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur), то странно было-бы имъ исключать suus heres изъ разряда legitimi heredes.

б) Данцъ въ подтвержденіе своего мнѣнія о томъ, что до XII таблицъ существовала одна domestica hereditas, а legitima hereditas, подъ которой Данцомъ разумѣется наслѣдованіе агнатовъ и гентиловъ, ведетъ начало лишь со времени XII таблицъ,—ссылается на Ульпіана, говорящаго, между прочимъ, въ liber singularis (XXVII, 5) слѣдующее: *legitimae hereditatis jus quod ex lege duodecim tabularum descendit* capitis minutione amittitur, т. е. право законнаго наслѣдованія, исходящее отъ XII таблицъ, теряется при capitis deminutio. Ульпіанъ видитъ возникновеніе legitimae hereditatis въ законодательствѣ децемвировъ. Но что же онъ разумѣетъ подъ legitima hereditas? По мнѣнію Данца, римскій юристъ хотѣлъ сказать, что наслѣдственныя права агнатовъ и гентиловъ получили признаніе только по XII таблицамъ. Однако, какъ мы только что видѣли, римское право не давало такого ограничительнаго толкованія словамъ legitima hereditas. Вѣрнѣе всего, Ульпіанъ эти слова принималъ въ ихъ буквальномъ смыслѣ: наслѣдованіе по закону вообще. До XII таблицъ наслѣдованія по закону не было; обычаи устанавливали однообразное преемство имущества mortis causa. Правда, въ царскій періодъ,

---

agnatus; а когда suus прибѣгаетъ къ petitio heriditatis, то за агнатомъ остается bonorum possessio sine re.

Digitized by Google

по словамъ Помпонія [1]), существовали leges regiae; но, во-первыхъ, господствующее мнѣніе (со времени Дирксена, 1823 г.) видитъ въ сборникѣ leges regiae, jus Papirianum, собраніе сакральныхъ постановленій въ интересахъ самихъ-же жрецовъ, и, во-вторыхъ, если даже справедлива новѣйшая догадка Фойгта, будто-бы leges regiae суть, дѣйствительно, законы римскихъ царей, то судя по дошедшимъ до насъ leges regiae, мы можемъ сказать, что они не касались наслѣдственнаго права [2]). И такъ, мы имѣемъ солидныя данныя утверждать, что въ словахъ Ульпіана: legitimae hereditatis jus quod ex lege duodecim tabularum descendit кроется признаніе историческаго факта: римское наслѣдованіе безъ завѣщанія *впервые* стало наслѣдованіемъ по закону (legitima hereditas) согласно постановленіямъ XII таблицъ.

Кромѣ разобраннго нами фрагмента Ульпіана, который Данцъ приводитъ, какъ единственный доводъ въ пользу своего мнѣнія, въ сочиненіяхъ по римскому наслѣдственному праву можно встрѣтить еще ссылки на нѣкоторыя мѣста изъ источниковъ, подтверждающія, будто-бы, тоже самое мнѣніе. Такія мѣста изъ источниковъ собраны, напримѣръ, въ прим. 2 на стр. 23 труда Феринга (*Vering*, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung 1861). Но, ознакомившись съ этими цитатами, мы замѣчаемъ слѣдующее: 1) въ однѣхъ цитатахъ просто указывается на извѣстный фактъ: наслѣдованіе агнатовъ и др. нашло себѣ подтвержденіе въ XII таблицахъ. Такъ, Ulpian, 26, 1: наслѣдованіе агнатовъ *cautum est* lege XII tab.; § 1 J. III, 2:—dat *lex* hereditatem... iis, qui proximiore gradu sunt. 2) Въ другихъ цитатахъ сказываются обыкновенныя послѣдствія агнатическаго порядка наслѣдованія. Напримѣръ, Ulpiani fragm. 26, 7: ad liberos matris intestatae hereditas sine in manum conventione ex lege XII tab. non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent. Или еще тамъ-же (26, 8): intestati filii hereditas ad matrem ex lege XII tab.

---

[1]) Fr. 2 § 1 D. 1, 2.

[2]) Діонисій (II, 25) приписываетъ Ромулу установленіе manus, власти мужа надъ женою, и наслѣдованіе жены въ имуществѣ мужа; но законъ едва-ли впервые установилъ manus. Вѣрнѣе всего, выражались словами Ульпіана (fr. 8. D. 1. 6), jus potestatis moribus sit receptum.

Digitized by Google

non pertinet... 3) Далѣе, въ нѣкоторыхъ приведенныхъ Феринтомъ мѣстахъ изъ источниковъ вовсе не говорится о наслѣдованіи по XII табл. Такъ, въ фрагм. Ульпіана (28, 1; 28, 5) рѣчь идетъ о bonorum possessio. Наконецъ, 4) слова Юліана (6. D. 38. 16): qui post mortem avi sui concipitur, is neque *legitimam hereditatem* tanquam *suus heres*, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII tab. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit—эти слова ясно показываютъ, что наслѣдованіе sui heredis причисляется къ legitima hereditas, т. е., они служатъ подтвержденіемъ высказаннаго нами положенія.—Кстати еще можно привести нѣсколько доводовъ за то, что терминъ legitima hereditas былъ общимъ обозначеніемъ наслѣдованія по закону. Въ Coll. leg. Mos et rom. (16, 4) говорится: Ulpiani libro (regularum) singulari, sub titulo *de legitimis hereditatibus*. А въ этомъ титулѣ рѣчь идетъ о всѣхъ классахъ цивильнаго наслѣдованія.

3) Источники римскаго права, очевидно, не знаютъ различія между hereditas domestica и hereditas legitima [1]), и кромѣ того они нигдѣ не говорятъ о томъ, что до XII таблицъ было извѣстно лишь наслѣдованіе однихъ sui heredes. Но, можетъ быть, послѣднее обстоятельство не было констатировано въ сохранившихся до насъ римскихъ источникахъ, а само по себѣ оно вполнѣ соотвѣтствуетъ той ступени развитія наслѣдственнаго права вообще, на которой находилось римское право въ эпоху, предшествующую писанному законодательству. Посмотримъ.

---

[1]) *Феринъ* (Röm. Erbrecht, 114), исходя изъ положенія, что до XII таблицъ порядокъ наслѣдованія опредѣлялся обычнымъ правомъ, а въ XII таблицахъ впервые онъ получилъ законодательную санкцію, — не отрицаетъ наслѣдственныхъ правъ агнатовъ и гентиловъ въ эпоху обычнаго права; онъ дѣлаетъ только слѣдующую оговорку (въ видѣ уступки господствующей доктринѣ): агнаты и гентилы не имѣли дѣйствительнаго права наслѣдованія, они располагали сравнительно со всѣми прочими лицами особой привиллегіей воспользоваться имуществомъ умершаго человѣка въ родѣ того, какъ по позднѣйшему праву нѣкоторыя юридическія лица имѣли подобное преимущество предъ фискомъ при оккупаціи наслѣдства. Однако, приведенная оговорка Феринга вполнѣ голословна.

Digitized by Google

Названная эпоха покажется намъ очень обширной, если мы приметъ въ разсчетъ всѣ періоды развитія римскаго родоваго быта. Въ до-историческое время преобладалъ въ родовой жизни, какъ мы можемъ предположить на основаніи всего прежде сказаннаго, бытъ допатріархальный, а въ историческое время родовая жизнь является съ характеромъ патріархальнымъ. Когда gens представляла собою самую первобытную семью и не включала въ себѣ обособленныя familiae, наслѣдство переходило, согласно догадкѣ Моргана, къ гентиламъ. Впослѣдствіи, вмѣстѣ съ появленіемъ агнатства, въ имуществѣ умершаго стали наслѣдовать, понятно, родственники по мужской линіи, агнаты. Эти два правила могли существовать, естественно, и до XII таблицъ, такъ какъ патріархальный бытъ былъ извѣстенъ еще царскому періоду исторіи римскаго права. Поэтому, нѣтъ видимой причины приписывать правило о переходѣ наслѣдства къ агнатамъ и гентиламъ иниціативѣ децемвировъ. Что-же касается hereditas domestica (участія въ наслѣдованіи sui heredis), то объ этомъ у насъ еще будетъ рѣчь впереди.

Б) Цивильное наслѣдованіе безъ завѣщанія.

Источники. Цивильный порядокъ наслѣдованія опирается на законодательство XII таблицъ, которое сохранилось до насъ въ очень скудномъ видѣ. По словамъ римскихъ писателей, все наслѣдованіе ab intestato регламентировалось въ XII таблицахъ двумя главными положеніями: 1) si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto и 2) si agnatus nec escit, gentiles familiaum habento. Правда, римскіе юристы находятъ въ этомъ-же памятникѣ еще нѣсколько конкретныхъ узаконеній (касающихся наслѣдованія отдѣльныхъ родственниковъ, подходящихъ подъ указанные разряды); но, во-первыхъ, эти узаконенія вѣрнѣе суть простыя

Digitized by Google

слѣдствія приведеннаго наслѣдственнаго порядка, и во-вторыхъ, ихъ подлинный текстъ до насъ не сохранился.

Наслѣдованіе ex jure civili долго существовало въ римскомъ правѣ; оно-же послужило основаніемъ для преторскаго эдикта. Въ эпоху классической юриспруденціи многіе юристы (Павелъ, Ульпіанъ, Гай и др.) писали комментаріи. Вотъ, главными источниками цивильнаго наслѣдованія ab intestato и являются комментаріи юристовъ. Сюда относятся: 1) *Gai* Inst., 3, 1—24, 39—76; 2) *Ulpiani* fragm., tit. 26 и 27; 3) *Pauli* sent., lib. 4, tit. 8; 4) *Dig.* lib. 38, tit. 16. Кромѣ того: 5) *Just. Inst.* lib. 3. tit. 1 и 2; и 6) *Cod.* lib. 6, tit. 55—60. Все это — болѣе или менѣе цѣльные отдѣлы, трактующіе о цивильномъ наслѣдованіи. Конечно, въ тѣхъ-же источникахъ имѣется не мало отрывочныхъ комментаріевъ; напримѣръ, Gai, 2, 156, знаменитый fr. 11 D. 28. 2 и мн. др.

Кстати замѣтить, въ источникахъ римскаго права наслѣдованіе безъ завѣщанія разсматривается довольно подробно съ догматической стороны, а историческое развитіе этого института мало выяснено.

Программа изложенія. Мы будемъ придерживаться при изслѣдованіи трехъ разрядовъ наслѣдованія, установленныхъ XII таблицами, такой простой программы: сначала составимъ понятіе о каждомъ разрядѣ поочередно, а потомъ обратимъ вниманіе на ихъ соотношеніе между собою. Изслѣдованіе перваго рода можетъ быть названо *аналитическимъ*, а изслѣдованіе втораго рода *синтетическимъ*.

Digitized by Google

АНАЛИЗЪ [1]).

Изъ всѣхъ трехъ разрядовъ цивильныхъ наслѣдниковъ, больше всего толковъ порождаетъ въ романисти-

---

[1]) *Литература.* 1) *Монографій,* отдѣльно изданныхъ, очень мало. Выдающееся мѣсто занимаетъ *Griesinger*, Geschichte und Theorie der Suität, 1808. (рецензія *Savigny*, Heidelberger Jahrbücher für Jurisprudenz und Staatswissenschaften, 1808 г., I, pp. 135—142). 2) Изъ *журнальныхъ статей* выдѣляется *Hölder,* legitima hereditas, помѣщенная въ его Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts (рецензировалъ *Scheurl*, kritische Vierteljahrschrift, B. V, neue Folge). 3) Въ большихъ изслѣдованіяхъ, представляющихъ собою цѣльный отдѣлъ римскаго права (право наслѣдственное), двоякое направленіе: историческое и догматическое. а) Изъ историческихъ трудовъ замѣчательны: *Lassalle,* System der erworbenen Rechte, *Voigt*, Die XII Tafeln. б) Особенно богата догматическая литература, предметъ которой—Юстиніаново законодательство. Большая часть догматиковъ XII таблицъ касаются мимоходомъ (извѣстные писатели XVII вѣка: Forster, Stryk, Contius и др., въ XVIII в.—Duvergier, Lobethan). Меньшинство занимается догматикой цивильнаго наслѣдованія. Лучшія произведенія: *Glück*, Hermeneutisch—systematische Erörterung der Lehre von der Intestatebfolge 2 изд. 1822; *Schirmer*, Handbuch des röm. Erbrechts, 1860; *Vering*, röm. Erbrecht, 1861 г. 4) Въ полныхъ или неполныхъ курсахъ римскаго права иногда встрѣчаются любопытныя замѣтки по цивильному наслѣдованію. Напримѣръ, у *Pernice,* Labeo, *Sohm*, Institutionen. 5) Наконецъ, дѣльныя указанія можно найти въ сочиненіяхъ объ общемъ первобытномъ правѣ (Мэнъ, Іерингъ, Фюстель-де-Куланжемъ), равно и при изслѣдованіи другихъ вопросовъ римскаго права lex Voconia и т. п.

Digitized by Google

ческой литературѣ suus heres, этотъ первенецъ въ порядкѣ наслѣдованія по XII таблицамъ. Поэтому, прежде всего и остановимся на характеристикѣ этой личности.

Первый разрядъ—sui heredes.

Разсказываютъ такой анекдотъ: два глоссатора хвалились другъ передъ другомъ въ пониманіи права римскаго. Между прочимъ, одинъ изъ нихъ, чтобы озадачить другаго, спросилъ, что онъ разумѣетъ подъ suus heres. Другой не взялся, будто-бы, рѣшительно высказаться по этому вопросу. Неужели-же такъ трудно дать удовлетворительный отвѣтъ? Казалось-бы, еще римскіе юристы довольно усердно старались опредѣлить это понятіе.

Такъ, Гай (Inst. 2, 156 и 157) говоритъ, что къ sui et necessarii heredes относились всѣ тѣ лица, которыя состояли подъ властью покойнаго наслѣдодателя; слѣдовательно сюда относились: сынъ, дочь, внукъ и внучка [1]). И такіе наслѣдники, продолжаетъ Гай, называются именемъ sui, потому что они суть *домашніе наслѣдники* (domestici heredes); еще при жизни родителя на нихъ смотрятъ какъ на «хозяевъ въ нѣкоторомъ родѣ» (quodammodo domini), а necessarii они именуются на томъ основаніи, что они во всякомъ случаѣ, независимо отъ желанія своего, обязаны быть наслѣдниками. Другой юристъ, Павелъ, добавляетъ еще къ этой характеристикѣ слѣдующее (11 D. 28. 2): по смерти отца sui heredes получаютъ не наслѣдство, а, вѣрнѣе сказать, свободное управленіе имуществомъ (liberam bonorum administrationem).

---

[1]) Но, поясняетъ тутъ-же Гай, для того, чтобы внуки были sui heredes, недостаточно того, что они состояли подъ властью дѣда въ моментъ смерти его; необходимо еще, чтобы ихъ отецъ при жизни дѣда пересталъ быть suus heres (умеръ онъ или былъ эманципированъ).

Digitized by Google

Вотъ, какъ вообще аттестуютъ римскіе юристы первыхъ по рангу цивильныхъ наслѣдниковъ.

Романисты не удовлетворились характеристикой римскихъ юристовъ. Въ настоящее время мы располагаемъ многочисленными попытками объяснить названіе suus heres, его права, обязанности и т. д. Но менѣе всего, какъ намъ кажется, было обращено вниманія на начало перваго разряда, т. е. на ту начальную эпоху, которая породила это странное названіе, suus heres, сохранившееся вплоть до Юстиніана. Начнемъ съ характеристики времени появленія sui heredes.

I. *Время появленія sui heredis* — по источникамъ римскаго права неизвѣстно. О немъ можно догадываться только на основаніи общихъ соображеній. Съ этою цѣлью обратимъ вниманіе на раннюю пору государственнаго періода.

1) *Начало государственнаго періода.* Государство, въ смыслѣ самостоятельнаго цѣлаго или организма, медленно формировалось; бытъ государственный постепенно выросталъ изъ быта родоваго. Въ начальномъ ростѣ государства наглядно сказывается, какъ происходила такая политическая интеграція. Напримѣръ, когда римскія gentes убѣдились въ томъ, что имъ необходимо позаботиться объ общихъ политическихъ интересахъ (защитѣ противъ общаго врага и др.), они организовали общее собраніе изъ представителей отъ отдѣльныхъ gentes. Такимъ образомъ, вѣроятно, образовался римскій сенатъ [1]).

---

[1]) Число сенаторовъ (300) даетъ поводъ считать римскій сенатъ представительнымъ учрежденіемъ. И сенаторы на самомъ дѣлѣ были добросовѣстными защитниками народныхъ правъ. Такъ, по преданію, они ставили преграды деспотическимъ поползновеніямъ римскихъ reges; они, именно, подговорили народъ прогнать Тарквинія Гордаго. Только въ концѣ царскаго періода сами цари иногда назначали сенаторовъ. Объ этомъ Фестъ: *praeteriti* (Bruns, Fontes, p. 282): senatores quondan

Digitized by Google

Очевидно, ростъ государства совершался на счетъ родовой жизни. Мало по малу изъ компетенціи родичей многіе вопросы переходили въ вѣдѣніе государства. Въ данномъ случаѣ намъ интересно сравнить положеніе familiae въ эпоху родоваго быта и въ началѣ быта государственнаго.

Въ родовомъ быту familia занимала, по всей вѣроятности, подчиненное положеніе, родъ — цѣлое, familia — часть цѣлаго. Правда, до насъ не сохранилась оригинальная картина римскаго родоваго быта, ибо на самой зарѣ дошедшей до насъ римской исторіи проглядываетъ начало быта государственнаго: дотолѣ обособленныя gentes сплочивается. Тѣмъ не менѣе, и изъ того, что намъ извѣстно о родовомъ бытѣ царскаго періода, изъ тѣхъ довольно широкихъ полномочій родичей, которые продолжали существовать отъ прежнихъ временъ [1]), изъ всего этого мы можемъ заключить, на сколько солидарны были между собою въ болѣе отдаленную эпоху gens и familia: всякія неурядицы въ семейной жизни могли улаживать сами родичи, за смерть члена одной семьи мстила не только та семья, но и весь родъ и т. д. Но по мѣрѣ развитія государственности, постепенно функціи родовой власти переходили въ руки власти государственной. Такъ, безпредѣльная, кровавая месть уничтожается; государство на первыхъ порахъ полагаетъ за преступленія talio (эквивалетное возмездіе), а потомъ опредѣляетъ размѣръ выкупа, пени

---

in opprobrio non erant, quod, ut reges sibi legebant sublegebantque, quos in consilio publico, haberent etc. *Mispoulet*, l. c., p. 33. О значеніи сената при паденіи родоваго быта говоритъ также *Leist*, Graecoitalische Rechtsgeschichte, p. 165 ff.

[1]) § 14 Geist'а Іеринга извѣстенъ, какъ талантливый очеркъ римскаго родоваго быта. Отдѣльныя права гентиловъ по пунктамъ перечислены, напримѣръ, у Morgan, Ancient, society p. 285 ff.

Digitized by Google

(poena) или штрафа; право контроля всего рода надъ семейною жизнью членовъ его беретъ себѣ само государство [1]) и т. д. И такъ, gens разлагается. А семья? Что съ нею дѣлается?

Римское государство, какъ говоритъ проф. Муромцевъ, [2]) застало семейный союзъ окрѣпшимъ и замкнутымъ и на первыхъ порахъ оставило его въ неприкосновенности; или-же, по крайней мѣрѣ, по словамъ Іеринга [3]), вмѣшательство закона въ семейную жизнь по древне-римскому праву сводилось къ минимуму. Familiae въ началѣ государственнаго періода стали походить на небольшіе суверенные союзы, состоявшіе подъ главенствомъ домовладыки. Paterfamilias былъ признанъ не только начальникомъ, но и хозяиномъ всей семьи; его власть надъ членами семьи была также безгранична, какъ и его право собственности на предметы частнаго хозяйства [4]). Безотвѣтственный властелинъ въ своемъ домѣ, paterfamilias выступалъ въ роли представителя своихъ подвластныхъ въ государствѣ [5]). И можетъ быть, долгое время государство не рѣшалось вмѣшиваться во внутреннюю жизнь семейнаго союза [6]). Такимъ обра-

---

[1]) Такимъ образомъ, выросла, по общепринятой догадкѣ Іеринга, власть римскаго цензора. Jhering, Geist, § 14.

[2]) *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, стр. 24. Туже мысль г. Муромцевъ развивалъ нѣсколько ранѣе въ сочиненіи: Опредѣленіе и раздѣленіе права, § 60.

[3]) *Jhering*, Geist, § 32 a (3 изд., II, p. 195).

[4]) Извѣстно положеніе римскаго права: familia et in personas et in res deducitur,

[5]) *Lange*, röm. Alterthümer, § 44, сравниваетъ взаимныя отношенія семей съ международными отношеніями, которыя вѣдали patresfamilias.

[6]) Одно изъ раннихъ ограниченій произвола patrisfamilias нѣкоторые ученые видятъ въ постановленіяхъ XII таблицъ. Такъ, *Іерингъ* (Geist, II, p. 184 ff.) предлагаетъ смотрѣть на троекратную продажу сына при emancipatio, какъ на первую попытку положить извѣстныя

Digitized by Google

зомъ, въ начальную эпоху государственнаго быта семьи были вполнѣ самостоятельными, изолированными союзами [1]).

Къ этому времени и можно отнести появленіе новаго типа наслѣдниковъ ab intestato, sui heredes. Но прежде чѣмъ разсматривать разные доводы, говорящіе въ нашу пользу, посмотримъ, что имѣется въ литературѣ по вопросу о появленіи sui heredes.

границы власти родительской. До этого закона отецъ могъ продавать сына всякій разъ по истеченіи пятилѣтняго періода (lustrum) пребыванія проданнаго сына in mancipio, а по закону XII таблицъ послѣ третьей продажи сынъ уже не возвращается къ родителю. Также *Загурскій*, Ученіе объ отцовской власти по римскому праву, 1884 г., р. 71: дисциплинарная сторона отцовской власти весьма долго не подвергалась регламентаціи со стороны законодательства.

[1]) Подобное явленіе замѣчается не въ одномъ римскомъ правѣ. Въ Греціи, по всей вѣроятности, въ началѣ государственнаго періода семья была такою-же самостоятельной единицей, какъ и въ древнемъ Римѣ (*Фюстель-де-Куланжъ*, Гражданская община, стр. 107—109). Но сравнительно съ Римомъ, какъ замѣчаютъ нѣкоторые ученые (*Мэнъ*, Древнее право, стр. 108) греческое государство довольно рано стало ограничивать власть домовладыки. Не трудно подъискать еще аналогачное явленіе. По словамъ изслѣдователей русскаго семейнаго быта (напримѣръ, *Стоюнинъ*, Наша семья и ея историческая судьба, Вѣстникъ Европы, 1884, I, 20 и слѣд.), русская семья становится вполнѣ независимой единицей въ XVI столѣтіи. До этого времени она была частью цѣлаго рода, который состоялъ изъ многихъ семей, тѣсно связанныхъ между собою происхожденіемъ отъ одного прадѣда и признававшихъ власть старшаго въ родѣ. Единицей былъ этотъ родъ, онъ и умѣрялъ неограниченную власть отца надъ семьей. Но, вотъ, въ XVI вѣкѣ московская семья стала вполнѣ самостоятельнымъ цѣлымъ. Домострой называетъ отца семейства *государемъ дома*.

Обобщеніе этнологовъ (*Зиберъ*, сравн. изуч. права, 36): по мѣрѣ того какъ этотъ процессъ (интеграціи) подвигался впередъ, возрастала и отцовская власть въ тѣхъ *меньшихъ* семейныхъ союзахъ, на которые, соотвѣтственно новымъ условіямъ земледѣльческаго труда, должны были разлагаться прежніе, болѣе широкіе союзы, основанные на женскомъ родствѣ.

Digitized by Google

2) *Въ литературѣ* можно найти, во-первыхъ, отвѣтъ на вопросъ: появился-ли типъ наслѣдниковъ, носящихъ имя sui heredes, до XII таблицъ или сказанный терминъ былъ установленъ лишь въ первомъ римскомъ законодательномъ памятникѣ; и, во-вторыхъ, встрѣчаются изрѣдка попытки точнѣе опредѣлить ранній періодъ существованія sui heredes.

Всѣ романисты (*Danz*, Lehrbuch, § 160, *Vering*, Röm. Erbrecht, p. 23 и др.), занимавшіеся историческимъ изслѣдованіемъ domestica hereditas, теперь единогласно относятъ это явленіе къ эпохѣ до XII таблицъ, такъ какъ вообще признается, что децемвиры, главнымъ образомъ, записывали то, что уже существовало въ обычномъ правѣ. Вѣдь, и главною задачею ихъ было констатировать законодательнымъ порядкомъ существующее право [1]). Кромѣ того, судя по дошедшей до насъ редакціи: cui suus heres nec escit, какъ говорятъ (напримѣръ, *Mandry*, das gemeine Familengüterrecht, I, 11, и многіе другіе романисты), можно предполагать, что терминъ suus heres не есть изобрѣтеніе децемвировъ. Приведенное придаточное предложеніе даетъ поводъ думать, что въ XII таблицахъ говорится о suus heres, какъ о терминѣ вполнѣ установившемся. Наконецъ, нѣтъ причины видѣть заимствованіе института sui heredes изъ Греціи, какъ это прежде полагали [2]). Вопросъ о вліяніи

---

[1]) *Puchta*, Cursus der Institutionen, § 19. Тоже *Voigt*, die XII Tafeln, I, 45: содержаніе XII таблицъ сложилось изъ обычнаго права.

[2]) *Galvani* въ своемъ трактатѣ de usufructu (1676 г.), между прочимъ, видѣлъ въ институтѣ suus heres заимствованіе изъ законодательства Солона (стр. 63): non haesitanter respondendum est eos (suos heredes) primum ab eisdem decemviris in XII tab. esse constitutos... Accedat quod XII tab. ut pluriumum fuerunt descriptae a legibus Solonis, qui non aliter patribus testandi facultatem permiserat (ut infra demonstrabitur), quam si liberis caruissent. И дальше (infra) указывается, что о помянутыхъ законахъ говорили извѣстные ораторы: Демосѳенъ

Digitized by Google

греческаго законодательства на XII таблицъ въ настоящее время такъ разрѣшается ((Voigt, l. c. l, 17): заимствованіе сравнительно со всѣмъ кодифицированнымъ правомъ было незначительно, а предположеніе о рецепціи греческаго права in complexu возникло позднѣе, въ эпоху классичиской юриспруденціи, когда римскіе юристы, познакомившись подробно съ греческимъ правомъ, нашли въ законахъ Солона много сходственныхъ положеній.

Такимъ образомъ, много вѣроятности за то, что sui heredes бывали до XII таблицъ. На дальнѣйшую характеристику начальной эпохи этого типа наслѣдниковъ обращаютъ вниманіе очень немногіе изъ романистовъ. Изъ нихъ Гризингеръ [1]) полагаетъ, что еще при Ромулѣ, въ началѣ римскаго государства, наслѣдовали sui heredes. Хельдеръ [2]) дѣлаетъ слабый намекъ на то, что наслѣдованіе sui heredes коренится въ семейной организаціи, которая пребывала независимой при первомъ развитіи государственной власти.

Предлагаемая характеристика подробнѣе опредѣляетъ эпоху возникновенія перваго ранга цивильныхъ наслѣдниковъ.

3) Мы отнесли появленіе sui heredes къ началу государственнаго періода. Въ самомъ дѣлѣ, обратимъ вниманіе на тотъ позднѣйшій фазисъ родоваго быта, когда женская филіація была окончательно замѣнена мужскою филіаціей, — тогда стали наслѣдовать агнаты. Затѣмъ, вмѣстѣ съ постепенной замѣной родоваго быта бытомъ государственнымъ, система родства не измѣнялась. И когда семья сдѣлалась вполнѣ независимой, агнати-

---

Ицей; также Плутархъ. Contra *Schulting*, Jurisprudentia vetus, 1737 г., p. 665:—idque etiam ante XII tab. certissimi juris videtur.

[1]) *Griesinger*, Geschichte und Theorie der Suität, p. 9—12.

[2]) Hölder, l. c., p. 92.

Digitized by Google

ческая система, лежавшая въ основаніи наслѣдственнаго права, оставалась все еще въ силѣ по прежнему. При этомъ, новый характерный признакъ суверенной семьи — принципъ неограниченнаго (родовою властью) господства домовладыки — отразился и въ наслѣдственномъ правѣ. Вотъ въ это-то время и могъ появиться suus heres. Кто такое suus heres? По опредѣленію самихъ римскихъ юристовъ, прежде всего къ sui heredes относились нисходящіе домовладыки, т. е. его ближайшіе агнаты. Но это опредѣленіе было-бы неполно. Юристы прибавляютъ еще, что наслѣдовали тѣ изъ агнатовъ, которые въ моментъ смерти наслѣдодателя были подчинены власти его.

На нашъ взглядъ, *нѣкоторыя соображенія* говорятъ въ пользу предлагаемой гипотезы.

Во-первыхъ, такое предположеніе согласуется съ общей гипотезой развитія порядка наслѣдованія, предложенной Морганомъ [1]), который сдѣлалъ ее на основаніи длиннаго ряда наблюденій надъ жизнью первобытныхъ людей. Именно, третье правило (наслѣдованіе дѣтей), по Моргану, явилось тогда, когда патріархальныя семьи обособились, когда у всѣхъ членовъ семьи сложился общій интересъ при обработкѣ земли совокупными трудами и т. д.

Во-вторыхъ, изъ законодательства Солона, въ которомъ видятъ близкую аналогію XII таблицъ, видно, что въ началѣ своего развитія государство много заботится о томъ, чтобы наслѣдниками были дѣти, т. е. ближайшіе sui heredes [2]).

Въ третьихъ, интересно названіе небольшихъ участковъ земли, переходившихъ въ древнемъ Римѣ по на-

---

[1]) См. выше, стр. 117—119.

[2]) *Дормидонтовъ*, l. c., стр. 140.

Digitized by Google

слѣдству. Они именовались *heredia* [1]). Это названіе явилось, конечно, вмѣстѣ со словомъ heres; слово-же heres, какъ мы сейчасъ увидимъ, впервые встрѣчается при терминѣ suus heres. Значитъ, heredium сопутствуетъ возникновенію suus heres. А по господствующей гипотезѣ [2]), частная недвижимая собственность получаетъ право на прочное существованіе только послѣ ослабленія родовыхъ узъ, такъ какъ во время родовой жизни земля составляетъ объектъ коллективной собственности. Слѣдовательно, есть еще поводъ думать, что и первый разрядъ цивильныхъ наслѣдниковъ появляется послѣ упадка родоваго быта, т. е. въ началѣ государственнаго періода.

Наконецъ, остановимся на *этимологическомъ значеніи* названія suus heres. И сперва скажемъ о значеніи существительнаго heres, а потомъ объ эпитетѣ его *suus* heres.

а) *О значеніи слова heres* говорятъ сами древніе писатели. Такъ, *Фестъ* [3]) опредѣленно высказывается: heres apud antiquos pro domino ponebatur, т. е. у древнѣйшихъ римлянъ слово heres было синонимомъ слова dominus. Въ институціяхъ Юстиніана также (§ 7 I. 2. 19), между прочимъ, сказано: pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant [4]).

---

[1]) *Varro* de R. R. I, 10: bina jugera a Romulo primum divisa viritim, quae quod heredem sequerentur, *heredium* appellarunt

[2]) Объ этой гипотезѣ рѣчь еще будетъ ниже.

[3]) *Bruns*, Fontes, p. 269.

[4]) Въ одномъ изъ примѣчаній «Системы пріобрѣтенныхъ правъ» *Лассаль* (II, p. 190) упоминаетъ о томъ, что heres имѣетъ общій корень съ древне-латинскимъ herus, hera и нѣмецкимъ Herr. Кромѣ того, филологи сравниваютъ heres съ греческимъ ἥρως, а послѣднее слово у Гомера употребляется въ смыслѣ почтеннаго, благороднаго, вполнѣ свободнаго человѣка (членъ семьи, подчиненный при жизни patrisfami-

Digitized by Google

Недавно Фойхтъ [1]), ссылаясь на лингвистическое изслѣдованіе Корссена [2]) утверждалъ, что herus и heres этимологически не сходятся. Но это простой недосмотръ со стороны Фойхта. Мы нарочно передаемъ содержаніе цитованнаго мѣста изъ Корссена для того, чтобы показать, что этотъ филологъ ничего не имѣетъ противъ сближенія словъ herus и heres. Буква h въ латинскомъ языкѣ, по словамъ Корссена, крайне непостоянна; иногда она пишется, иногда нѣтъ (herus и erus, heres и eres). При Августѣ и ранѣе буква h была непостояннымъ звукомъ; лучшіе грамматики (Verrius Flaccus, Terentius Varro, Nigidius) не умѣли орьентироваться въ этомъ колебаніи орѳографіи.

Очевидно, прозваніе heres было самымъ подходящимъ названіемъ для характеристики преемника наслѣдства того времени. Paterfamilias былъ dominus; его преемникъ, состоявшій подъ властью домовладыки, по смерти послѣдняго заступалъ его мѣсто; слѣдовательно, онъ становился также dominus, иначе heres.

б) Далѣе, цивильный наслѣдникъ перваго ранга въ

---

lias господину его, становясь heres, дѣлался вмѣстѣ съ тѣмъ также независимымъ человѣкомъ). Поставимъ отъ себя открытый вопросъ: нѣтъ-ли чего общаго между heres и греческимъ χεῖρ; послѣднему слову соотвѣтствуетъ manus, а manus служило символомъ власти не только мужа надъ женою, но оно было тоже символомъ власти домашняго патріарха вообще (Россбахъ, Іерингъ, Фойхтъ и др.).

То обстоятельство, что heres имѣетъ общій корень съ herus, было подмѣчено еще романистами XVII вѣка. У Форстера, напримѣръ, мы читаемъ (*Forster*, de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, 1607 г., p. 131): heres quasi herus dicitur, veteres enim heredem dominum appelabant authore Festo... Ita Ulpianus (fr. 11, § 6, D. 9. 2): legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est, domino. Также, Marcianus: Titius hereditatis meae *dominus* (вмѣсто heres) esto, recte institutio (fr. 48 pr. D. 28. 5).

[1]) *Voigt*, XII Taf., II, 86 not. 9.

[2]) *Corssen*, über Aussprache, Vocalismus und Betonung, I, 103—107.

Digitized by Google

XII таблицахъ называется *suus* heres. И эта квалификація могла имѣть нѣкоторое основаніе. Романисты представили нѣсколько попытокъ разъяснить это основаніе.

α) Эпитетъ suus имѣетъ *отношеніе къ самому наслѣднику.* Такое объясненіе предлагали давно уже Куяцій и Донеллъ; ихъ придерживались и многіе другіе юристы прошлыхъ столѣтій. Вотъ что говоритъ по этому поводу Глюкъ [1]): не трудно убѣдиться, что suus heres не называется (какъ многіе это думаютъ) такъ потому, что suus, въ силу участія въ фамильномъ имуществѣ на ряду съ отцомъ своимъ, *самъ себѣ* наслѣдуетъ [2]), иначе говоря, будто онъ является αὐτοκληρόνομος (sein eigener Erbe [3]). Во всякомъ случаѣ, по этому объясненію, мѣстоименіе suus было-бы неподходящимъ плеоназмомъ.

β) Существуетъ мнѣніе (Гризингеръ, Глюкъ и др.), которое разъясняетъ прозваниеsuus heres съ *точки зрѣнія родителя его*; подъ suus heres разумѣется естественный наслѣдникъ (des Vaters gebohrener natürlicher Erbe [4]). Но это мнѣніе не можетъ считаться безспорнымъ, потому что, какъ мы ниже увидимъ, подлежитъ сомнѣнію

---

[1]) *Glück*, Hermeneutisch — systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, 1822, 2 изданіе, p. 180 ff.

[2]) *Donellus* въ своихъ comment., lib. VII, c. 2, говоритъ: suus heres plane eadem forma eodemque modo dicitur, ut meus heres, tuus heres... Dicetur suus heres, qui successit sibi, qui suus successor est... Cumfilii sui heredes succedunt patri mortuo, quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus sibi ipsius quoque succedere videantur et vere sibi ipsius esse heredes.

[3]) По замѣчанію Глюка (l. c., p. 181 not 77), названіе αὐτοκληρόνομος вовсе не существуетъ въ греческомъ языкѣ. *Лассаль*, System, II, 193, тоже называетъ suus heres sein eigener Erbe, Erbe und Fortsetzer seiner selbst. Такое объясненіе обусловлено его своеобразнымъ воззрѣніемъ на наслѣдованіе вообще. См. ниже стр. 141.

[4]) Въ § 8 названнаго сочиненія Гризингера имѣется богатый перечень литературы до 1807 года.

Digitized by Google

предположеніе, будто-бы децемвиры подъ suus heres разумѣли однихъ сыновей.

γ) Болѣе распространенное мнѣніе (Бриссоній [1]), Гуго [2], Савиньи [3]) и др.) предлагаетъ иное объясненіе: названіе suus heres указываетъ *на его зависимость* отъ наслѣдодателя, во власти котораго онъ прежде состоялъ. Противъ этого возражалъ давно уже Franciscus *Broeus*, указывая на то, что если опираться на признакъ подчиненности sui heredes домовладыкѣ, то придется къ sui heredes отнести также рабовъ [4]).

δ) При объясненіи интересующаго насъ термина римскаго права не слѣдуетъ прежде всего упускать изъ виду толкованія самихъ римскихъ юристовъ: sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia *domestici* heredes sunt (§ 2 Inst. 2. 19). Такимъ образомъ, ближайшій наслѣдникъ по цивильному праву имѣетъ двѣ квалификаціи: suus heres и domisticus heres. Domesticus heres есть *объективная* квалификація, а suus heres — *субъективная* квалификація.

Въ самомъ дѣлѣ, слова domesticus heres опредѣленно показываютъ, что наслѣдуетъ человѣкъ, жившій въ домѣ patrisfamilias, членъ семьи его, прежде находившійся, конечно, предъ нимъ въ строгомъ повиновеніи [5]).

---

[1]) *Brissonius*, de verborum, quae ad jus pertinent, significatione, 1559 г., lib. XVII, p. 572: suos heredes liberos in potestate positos vocamus, qui primû potestatis locû optinent.... Suus enim dicitur ad discretionem illius, qui secundum leges suus non est, id est, sub potestate patris naturalis constitutus...

[2]) *Hugo*, Geschichte des röm. Rechts, § 111.

[3]) *Savigny*, Vermischte Schriften, V, p. 38.

[4]) *Franciscus Broeus*, Expositiones in Just. institutionum libros quattuor, 1622 г., p. 418 (com. ad. tit. 19 lib. II),

[5]) Изъ древнихъ писателей не только у юристовъ, но и у не юристовъ встрѣчается названіе *domesticus heres*. Такъ, *Plin.* Paneg. c. 37: vigesima (hereditatum — пошлина съ наслѣдства) reperta est, tributum tolerabile et facile heredibus dumtaxat extraneis, *domesticis* grave. Itaque illis irrogatum est, his remissum.

Digitized by Google

Такого домашняго наслѣдника paterfamilias могъ называть suus heres, разумѣя подъ этими словами «своего наслѣдника», т. е. собственнаго (ему принадлежащаго) преемника наслѣдства. Затѣмъ, и другіе домочадцы имѣли основаніе именовать будущаго dominus (herus futurus [1]) suus heres. Далѣе, этотъ-же преемникъ наслѣдства выдѣлялся также изъ всѣхъ остальныхъ законныхъ наслѣдниковъ по степени близости къ наслѣдователю. Въ этомъ развѣ смыслѣ, быть можетъ, и римское законодательство ставило его особнякомъ отъ другихъ legitimi heredes. Напримѣръ, 16 титулъ 38 книги дигестъ ведетъ рѣчь de suis et legitimis heredibus. Наконецъ, если справедлива догадка, по которой suus heres тоже, что и homo sui juris [2]), то въ своихъ глазахъ suus heres являлся, такъ сказать, самъ себѣ господинъ. Слѣдовательно, аттестація члена семьи, заступившаго мѣсто patrisfamilias, словами suus heres вполнѣ подходила къ нему съ точки зрѣнія всѣхъ лицъ, заинтересованныхъ въ судьбѣ семейнаго блага.

Такимъ образомъ, этимологическое изслѣдованіе поясняетъ намъ, что наименованіе suus heres было довольно характерно для преемника фамильнаго достоянія въ началѣ государственнаго періода: онъ — heres или dominus наслѣдственнаго участка земли (heredium), онъ же—suus heres по отношенію всего того, что составляло familia.

Подводя итоги всему сказанному, мы должны сознаться, что хронологически опредѣлить появленіе sui heredes не умѣемъ; можемъ сказать только то, что domestica hereditas, въ качествѣ самостоятельнаго института, возникла, по всей вѣроятности, въ эпоху разложенія родоваго быта подъ вліяніемъ роста государства,

---

[1]) *Vering,* Röm. Erbrecht, p. 67.
[2]) *Hölder*, l. c., p. 97.

Digitized by Google

когда отдѣльныя семьи, сдѣлавшись юридически-независимыми единицами, не успѣли еще подвергнуться регламентаціи со стороны государственной власти.

Не безъинтересно, далѣе, обратить вниманіе на разныя объясненія вопроса: по какому основанію (causa) наслѣдованіе sui heredis существовало?

II) *Causa suitatis*[1]). Немногіе писатели объясняютъ causa suitatis независимо отъ семейнаго положенія наслѣдника, большинство же изслѣдуютъ это основаніе въ зависимости отъ семейной подчиненности sui heredis.

1) *Независимо отъ семейнаго положенія*, изслѣдуютъ вопросъ двѣ теоріи: одна исходитъ изъ тожества воли, другая обращаетъ вниманіе на unitas personarum.

а) *Тожество воли* наслѣдодателя и наслѣдника ставитъ исходнымъ пунктомъ своей теоріи Лассаль[2]). Любопытна эта теорія Лассаля: suus heres есть не только непосредственный преемникъ воли наслѣдодателя, но и преемникъ своей собственной воли (seines eigenen Willens Erbe und Fortsetzer), ибо въ римской семьѣ господствуетъ единство воли (Willenseinheit). Вообще, названное сочиненіе Лассаля, этого усерднаго поклонника гегеліанской философіи, представляетъ собою замѣчательное проведеніе чрезъ всю исторію римскаго права одного и того же принципа тожества воли наслѣдодателя и наслѣдника. Такъ и въ данномъ случаѣ, Лассаль не отступаетъ отъ своего исходнаго пункта, хотя пунктъ этотъ вовсе не согласуется съ характеристикой римскихъ юристовъ, называвшихъ «своего наслѣдника»

---

[1]) Подъ такою рубрикой, напримѣръ, *Гальвани* (De usufructu p. 66) приводитъ основаніе наслѣдованія sui heredis. Терминъ suitas встрѣчается въ парафразахъ Ѳеофила (ad § 2 Inst. 2, 19).

[2]) *Lassalle*, System, II, XXI (p. 190 ff).

Digitized by Google

heres necessarius, который volens-nolens обязанъ былъ принимать наслѣдство.

б) *Unitas personarum.* Шмидтъ[1]) объясняетъ causa suitatis единствомъ личности patrisfamilias и filiifamilias. Возраженія противъ этой теоріи можно найти у многихъ романистовъ[2]), доказывающихъ, что, во первыхъ, древне-римское право вообще не знало понятія объ unitas personarum[3]) и, во вторыхъ, по этой теоріи нельзя объяснить exheredatio sui[4]).

Мы уже имѣли случай замѣтить, что при вопросѣ о наслѣдованіи sui heredis не слѣдуетъ игнорировать признакъ, отличающій sui heredes отъ прочихъ наслѣдниковъ, именно, ихъ принадлежность къ семьѣ наслѣдодателя.

2) *Принадлежность къ семьѣ* наслѣдодателя, дѣйствительно, принимается въ расчетъ большинствомъ романистовъ. При такой постановкѣ вопроса опредѣленіе causa suitatis зависитъ, конечно, отъ характеристики отношеній между suus heres и paterfamilias. Такъ какъ отношенія между ними можно характеризовать съ раз-

---

[1]) *Schmidt*, Der principielle Untershied zwischen röm. und germanischen Rechte, p. 310.

[2]) *Zimmern*, Gesch. des röm. Privatrechts, I, p. 677 ff, оспариваетъ всѣ три положенія, на которыхъ покоится фикція unitas personarum: 1) suus heres самъ себѣ наслѣдуетъ — противъ этого положенія возраженія были прежде сдѣланы (стр. 138); 2) substitutio pupillaris не говоритъ въ пользу unitas, такъ какъ эта substitutio прекращается по наступленіи совершеннолѣтія сына; 3) сынъ не можетъ быть свидѣтелемъ при составленіи духовнаго завѣщанія отца; но здѣсь совсѣмъ иная причина, высказанная въ fr. 6 D. 22. 5: idonei non videntur esse testes, quibus imperare potest, ut testes fiant. — Тоже *Böcking*, Institutionen, § 45.

[3]) Извѣстное положеніе: heres personam defuncti sustinet есть, конечно, юридическая фикція, составленная въ эпоху классической юриспруденціи.

[4]) *Köppen*, System, p. 5, not. 11.

Digitized by Google

личныхъ точекъ зрѣнія, то неудивительно, что и causa suitatis опредѣляется крайне разнообразно, смотря по тому, какую точку зрѣнія имѣютъ въ виду отдѣльные романисты. Одни стоятъ на біологической точкѣ зрѣнія, другіе приписываютъ децемвирамъ политическіе расчеты, третьи исходятъ изъ общей характеристики семьи, четвертые выводятъ causa suitatis изъ имущественныхъ отношеній, пятые обращаютъ вниманіе на преемство культа предковъ.

а) *Біологическую точку* зрѣнія имѣетъ въ виду Хельдеръ. Въ своихъ «Ausgangspuncte»[1]) онъ много распространяется о томъ, что дѣти составляютъ такую же принадлежность родителей ихъ, какъ и объекты собственности. У Хельдера встрѣчается такое положеніе: какъ вещь существуетъ для собственника и благодаря собственнику, точно также и дитя является благодаря отцу и для отца (p. 9). Отсюда и выводъ: если собственная вещь или собственное дитя существуютъ благодаря paterfamilias и для него, то по смерти послѣдняго, они (и дѣти и вещи) изъ составныхъ частей бытія его превращаются въ остатки бытія (p. 12); потому-то дѣти наслѣдуютъ физическія свойства и юридическія отношенія отца. Но не говоря уже о томъ, что выводить наслѣдованіе дѣтей по аналогіи съ принадлежностью предметовъ собственности, по меньшей мѣрѣ странно, теорія Хельдера не въ состояніи устранить отъ наслѣдованія эманципированнаго сына. Между тѣмъ filius emancipatus не есть suus heres. Слѣдовательно, эта теорія не остается вѣрной основному признаку «суитета»—принадлежности наслѣдника къ семьѣ наслѣдодателя.

б) Наслѣдованіе по закону коренится въ *строго-юридической* организаціи семьи ((in der streng-juristischen

---

[1]) Beiträge, pp. 1—14.

Digitized by Google

Verfassung der Familie)[1]); только тотъ, кто принадлежитъ къ семьѣ, имѣетъ право наслѣдованія, въ качествѣ suus heres. Эта теорія вѣрнѣе предъидущей въ томъ смыслѣ, что она не измѣняетъ главному признаку наслѣдованія sui heredis (принадлежности къ семьѣ); но вмѣстѣ съ тѣмъ она очень мало иллюстрируетъ этотъ признакъ, ибо признаніе семейной организаціи строго-юридической довольно неопредѣленно.

в) *Политическіе расчеты*, по мнѣнію Гризингера, руководили децемвирами, когда они на первомъ планѣ поставляли наслѣдованіе сыновей домовладыки[2]). Ссылаясь на слова Цицерона (De legib., lib. III): in civitatibus, ratione quadam, agnationibus familiarum distinguuntur status (преемство по мужскому поколѣнію способствуетъ различію по сословіямъ въ государствѣ), Гризингеръ полагаетъ, будто бы законодатель имѣлъ намѣреніе, чтобы богатства патриціевъ оставались въ ихъ рукахъ. Вотъ, почему онъ называетъ законъ XII таблицъ, укрѣпившій наслѣдованіе sui heredes, основнымъ закономъ аристократіи (Fundamentalgesetz der Aristocratie). — Но помимо того, что преемство сыновьями (согласно сомнительной догадкѣ Гризингера, къ sui heredes относятся по XII таблицамъ одни сыновья) имущества отца ихъ одинаково успѣшно практикуется при всякой формѣ правленія (монархической, аристократической,

---

1) *Glück*, l. c., p. 238.

2) Собственно говоря, Гризингеръ (l. c., p. 203) основаніемъ наслѣдованія по закону XII таблицъ считаетъ совокупность отчасти политическихъ, отчасти естественныхъ воззрѣній (eine Mischung von theils politischen, theils natührlichen Rücksichten). Но вслѣдствіе того, что естественныя воззрѣнія оказываются очень далекими отъ гипотетическаго естественнаго права (jus naturale), такъ какъ цивильное наслѣдованіе было построено на одномъ агнатическомъ началѣ (§ 26); то Гризингеръ отдаетъ преимущество политическимъ расчетамъ законодателя.

Digitized by Google

демократической),—предположеніе Гризингера идетъ въ разладъ со сказаніями древнихъ писателей, приписывающихъ инициативу въ дѣлѣ составленія перваго законодательнаго кодекса настоятельнымъ требованіямъ плебеевъ (rogatio народнаго трибуна Терентилія Арзы). Если же и были въ XII таблицахъ какія-либо привилегіи патриціевъ (connubium исключительно среди патриціевъ), то. они, вѣдь, скоро исчезли, а названіе sui heredes сохранилось до паденія римской имперіи[1]).

г) *Имущественныя отношенія* между paterfamilias и его ближайшимъ наслѣдникомъ принимаютъ во вниманіе многіе романисты, опредѣляющіе causa suitatis. Эти романисты останавливаются *на вопросѣ объ участіи filiifamilias въ семейномъ имуществѣ*; при чемъ одни разсматриваютъ вопросъ юридически, другіе ограничиваются фактической постановкой его; теорію первыхъ можно назвать теоріей скрытаго правомочія, теорію вторыхъ—теоріей экономической.

α) Теорія скрытаго правомочія. Юридически формулируютъ участіе сына въ семейномъ имуществѣ такимъ образомъ: только paterfamilias имѣетъ наличное господство (praesente Alleinberechtigung) надъ всѣмъ фамильнымъ достояніемъ, а filiusfamilias обладаетъ *скрытымъ* правомочіемъ (latente Mitberechtigung), которое обнаруживается по смерти patrisfamilias и влечетъ за собою переходъ имущества въ его руки[2]). *Мандри*, сгруппи-

---

[1]) Кромѣ цитованныхъ словъ Цицерона, сказанныхъ безотносительно XII таблицъ, Гризингеръ не находитъ другихъ доказательствъ въ пользу имъ выставленнаго мотива. При такихъ обстоятельствахъ, нельзя принять на вѣру его *исключительный* мотивъ.

[2]) Такъ коротко и ясно формулируетъ *Mandry* (Das gemeine Familiengüterrecht, p. 10) довольно распространенный взглядъ. Литература по этому вопросу до 1871 года приведена у Mandry тамъ же (пр. 1). Наиболѣе усерднымъ сторонникомъ сказаннаго положенія оказывается *Brinz* (Pandect., p. 1178), который утверждаетъ, что въ исключитель-

Digitized by Google

ровавъ всѣ аргументы, на которыхъ основывается теорія скрытаго правомочія сына на семейное имущество, послѣдовательно поставляетъ на видъ бездоказательность этихъ аргументовъ. Начать съ того, что въ сказанной теоріи заключается логическое противорѣчіе, ибо рядомъ съ Alleinberechtigung отца несовмѣстимо Mitberechtigung сына. Далѣе, свѣдѣнія изъ древне-римскаго права ни прямо, ни косвенно не говорятъ въ пользу этой теоріи (напримѣръ, для того, чтобы показать, что suus heres самъ себѣ наслѣдуетъ, т. е., по смерти наслѣдодателя не пріобрѣтаетъ новыхъ цѣнностей, а только продолжаетъ быть хозяиномъ ихъ, указываютъ на его пріобрѣтеніе наслѣдства ipso jure, но вѣдь и рабъ, въ качествѣ heres necessarius, наслѣдуетъ ipso jure, однако онъ при жизни наслѣдодателя безправная личность). Наконецъ, и классическая юриспруденція стоитъ только за Alleinberechtigung отца, не давая Mitberechtigung сыну[1]).

Ширмеръ въ журнальной статьѣ, помѣщенной въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte 1881 года[2]), доказывалъ, между прочимъ, существованіе общности семейнаго имущества (Familiengütergemeinschaft) по древне-римскому праву, пользуясь по большей части аргументами, шаткость которыхъ была уже прежде констатирована Мандри. Въ томъ же журналѣ слѣдующаго года была помѣщена статья *Хельдера*[3]), опровергавшая выводы Ширмера.

номъ господствѣ отца скрывается правомочіе сына, ибо само исключительное господство есть только форма принадлежащаго отцу представительства. Недавно еще *Лейстъ* (Graeco-italische R.-gesch., p. 72) высказался въ пользу этой же теоріи, переиначивъ скрытое правомочіе домочадцевъ въ *предварительное* право (*Eventualrecht*).

[1]) Подробности ibid., pp. 10—28.

[2]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. II, Romanistesche Abtheilung, pp. 165—180.

[3]) Ibid., Bd. III, pp. 211—219.

Digitized by Google

Одинъ изъ трехъ тезисовъ Ширмера, касающійся даннаго вопроса, таковъ: сначала всякій членъ семьи былъ субъектомъ *собственнаго* права, ограничивавшаго право домовладыки. Этому тезису у Хельдера соотвѣтствуетъ антитезисъ: только по смерти отца сынъ превращается въ хозяина, а при жизни отца сынъ не настоящій dominus; онъ лишь dominus futurus.

По слѣдующимъ соображеніямъ мы склоняемся въ пользу мнѣнія Мандри, Хельдера и другихъ романистовъ, отрицающихъ права членовъ семьи въ разсматриваемую эпоху при жизни домовладыки на имущество, находящееся въ исключительномъ распоряженіи patrisfamilias.

Во первыхъ, о какомъ-либо правѣ подвластныхъ лицъ на имущество при жизни властелина семьи не могло быть рѣчи, ибо этимъ лицамъ недоставало судебной охраны ихъ интересовъ. Развѣ мыслимо было, чтобы въ ту пору сынъ обращался въ судъ съ жалобой на отца своего?

Во вторыхъ, общепризнанный фактъ, нѣсколько разъ нами упомянутый: въ началѣ государственнаго періода,— когда, по всей вѣроятности, появился типъ наслѣдниковъ sui heredes,—власть домовладыки не была ограничена обычаемъ или законодательствомъ. Можетъ быть, со времени XII таблицъ (нельзя продавать сына болѣе трехъ разъ), а во всякомъ случаѣ, нѣсколько позже (вмѣшательство цензора въ семейную жизнь, правила объ exheredatio и т. д.) государство стало ограничивать широкую патріархальную власть[1]).

---

[1]) *Pernice*, Labeo, I, 108, полагаетъ, что отецъ, какъ представитель семьи, только управлялъ имуществомъ за семью свою. Это мнѣніе Pernice основываетъ на слѣдующемъ постулятѣ: древнѣйшее право не было въ состояніи представить какое-нибудь полномочіе, ограниченное возложенными обязанностями; повсюду, гдѣ признавалось таковое, какъ въ публичномъ, такъ и въ частномъ правѣ, оно принимало характеръ

Digitized by Google

Въ третьихъ, никто изъ романистовъ не отказывается отъ очевиднаго факта: исключительнаго господства стародавняго патріарха въ домашнихъ отношеніяхъ. Что же касается проповѣдуемаго въ наше время скрытаго правомочія подвластныхъ ему лицъ, то оно есть ничто иное, по нашему мнѣнію, какъ *производное понятіе* изъ принадлежащаго этимъ подвластнымъ лицамъ непосредственнаго права наслѣдованія, не требующаго особой aditio hereditatis. Такимъ образомъ сложились въ умѣ римскихъ юристовъ фигуральныя выраженія: 1) исходя отъ момента смерти patrisfamilias, съ котораго sui heredes становятся domini, Павелъ (fr. 11 D. 28, 2) характеризуетъ ихъ прежнее положеніе *quasi olim* hi domini essent, qui etiam vivo patre *quodammodo domini* existimantur, т. е., при жизни наслѣдодателя sui heredes только quodammodo domini или quasi domini [1]). Далѣе, 2) такая условная характеристика подчиненныхъ домочадцевъ при жизни ихъ властелина влечетъ за собою подобную же характеристику и по смерти его: будучи vivo patre quasi domini, они post mortem patris non hereditatem percipere videntur, т. е., не пріобрѣтаютъ, повидимому, какихъ-либо новыхъ цѣнностей, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur, т. е., получаютъ свободное, неограниченное управленіе имуще-

---

абсолютнаго. Но всѣ примѣры, которые приводитъ Pernice ради объясненія своего постулята, сравнительно позднѣйшаго происхожденія: обязанность снабжать дочь приданымъ, давать дѣтямъ алименты и т. под., — все это явилось позже XII таблицъ, когда государство стало регламентировать семейную жизнь. Поэтому, и предположеніе о древнѣйшей „фидуціарной собственности" patrisfamilias не вытекаетъ изъ помянутаго постулята.

[1]) Въ опредѣлительномъ предложеніи (qui etiam etc.) каждое слово предъидущей фразы находитъ соотвѣтствующее опредѣленіе: *qui — hi*, *vivo patre—olim*, *quodammodo—quasi*, domini—domini, existimantur—essent.

Digitized by Google

ствомъ. Такъ сложилось, благодаря ретроспективному взгляду римскихъ юристовъ (по смерти глядѣли на то, что было при жизни) фикція, будто бы sui heredes, эти quasi domini, получаютъ liberam bonorum administrationem; этимъ же путемъ возникло и предположеніе о скрытомъ правомочіи sui heredes, переходящемъ въ неограниченное право по смерти наслѣдодателя.

И такъ, коль скоро разсмотрѣнная теорія сама опирается на право наслѣдованія подчиненныхъ домочадцевъ, коль скоро latente Mitberechtigung есть производная фикція отъ того же права, то нечего искать causa suitatis въ скрытомъ правомочіи подвластныхъ лицъ при жизни patrisfamilias. Но, можетъ быть, романисты, отыскивающіе основаніе наслѣдованія въ фактическихъ отношеніяхъ наслѣдодателя и наслѣдниковъ по имуществу, находятъ causa suitatis. Къ нимъ обратимся.

β) *Экономическая теорія.* Есть писатели, которые говорятъ о фамильномъ имуществѣ, допуская *фактическое* участіе подвластныхъ лицъ въ этомъ имуществѣ. Такъ, по Кеппену[1]), существовало еще въ древности Familienvermögen im *sittlichen* Sinne, такъ какъ члены семьи пользовались отцовскимъ имуществомъ и помогали пріобрѣтать его. И наслѣдованіе sui состояло въ томъ, что такое общее семейное имущество по смерти patrisfamilias переходило къ членамъ семьи, которые становились самостоятельными. Далѣе, въ этомъ же смыслѣ можно найти указанія на Familienvermögen въ одномъ изъ параграфовъ «Духа римскаго права», гдѣ Іерингъ рисуетъ картину древне-римскихъ домашнихъ отношеній[2]). Наконецъ, тоже у Мандри: отцовское имущество по своему экономическому назначенію (seiner *та-*

---

[1]) *Köppen*, System, p. 4.
[2]) Geist., § 32.

Digitized by Google

teriellen Bestimmung nach) принадлежитъ не только отцу семейства, но и дѣтямъ его[1]).

Сказанная теорія напоминаетъ намъ современную защиту наслѣдованія нисходящихъ родственниковъ, опирающуюся на важный *экономическій факторъ*, на совмѣстный трудъ членовъ семьи при образованіи фамильнаго имущества. На этомъ основаніи, по смерти отца семейства въ его имуществѣ, предназначенномъ на удовлетвореніе потребностей всѣхъ домочадцевъ, наслѣдуютъ послѣдніе, какъ ближайшіе помощники умершаго хозяина. Но въ древнемъ Римѣ трудъ очень долго былъ въ загонѣ; онъ не пользовался должнымъ признаніемъ[2]). Такъ, гораздо позднѣе двѣнадцати таблицъ, въ началѣ императорскаго періода, мы видимъ, что римскіе юристы еще не рѣшаются аргументировать свои мнѣнія ссылкою на этотъ существенный факторъ производства цѣнностей. Напримѣръ, при извѣстномъ вопросѣ о спецификаціи прокульянцы передавали вещь въ собственность спецификанта, очевидно, потому, что онъ трудился надъ обработкой ея; между тѣмъ, открыто они не заявляли объ этомъ мотивѣ, а для того, чтобы придать юридическій авторитетъ своему мнѣнію, указывали на принципъ juris gentium: res nullius primo occupanti cedit[3]). Вотъ, по аналогіи съ этимъ примѣромъ, можно также допустить, что и юристъ Павелъ, пожалуй, имѣлъ въ виду названный экономическій факторъ, характеризуя

---

[1]) *Mandry*, l. c., p. 28.

[2]) *Jhering*, Zweck im Recht, 1 изд., p. 112 ff, представляетъ историческій очеркъ воззрѣній римлянъ на трудъ. Оказывается, что на физическій трудъ (labor, opera) смотрѣли въ древности свысока; его не уважали. Умственная же работа (studium) пользовалась большимъ почетомъ, но была долго безвозмездна. То было, по воззрѣнію древнихъ римлянъ, почетное занятіе богатыхъ людей.

[3]) Fr. 7 § 7 D. 41. 1: Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat.

Digitized by Google

sui heredes при жизни ихъ властелина словами: quodammodo domini и т. д.; но, какъ и прокульянцы, подъискивая юридическое (а не экономическое) основаніе, Павелъ прибѣгнулъ къ вышепомянутой фикціи. — Однако, какъ бы то ни было, слѣдуетъ помнить, что въ эпоху цивильнаго права разсмотрѣннаго экономическаго начала не знало ни законодательство, ни юриспруденція.

д) *Преемство культа предковъ* составляетъ causa suitatis. Фюстель-де-Куланжъ въ седьмой главѣ второй книги «Гражданской общины» спеціально говоритъ о правѣ наслѣдованія, основанномъ на преемствѣ культа. Главное правило, по словамъ его, то, что такъ какъ домашняя религія переходитъ отъ мужчины къ мужчинѣ, то въ этомъ же порядкѣ наслѣдуется и собственность. Блюсти собственность, какъ и блюсти культъ, для сына столько же обязанность, сколько и право. Само имѣніе такъ же безпереходно и неподвижно, какъ очагъ, какъ гробница, съ которыми оно связано. Преходитъ только человѣкъ; онъ, по мѣрѣ того какъ семья развивается въ преемственныхъ поколѣніяхъ, является въ свой урочный часъ продолжать культъ и блюсти родовой участокъ[1]).—Все это такъ; въ новѣйшихъ изслѣдованіяхъ этнологическихъ, дѣйствительно, признается, что религія *упрочиваетъ* отношенія между членами патріархальной семьи, какъ inter vivos, такъ и mortis causa[2]). Но не безъ основанія также возражаютъ про-

---

[1]) *Фюстель-де-Куланжъ*, l. c., русскій переводъ Е. Корша, стр. 91.

[2]) Теперь очень правдоподобной считается теорія происхожденія первобытнаго культа, предложенная англійскими мыслителями. По этой теоріи, первобытный культъ, культъ предковъ, возникаетъ изъ явленій сна и безсознательнаго состоянія. Дикари приписываютъ покойнымъ такую жизнь, какую живые ведутъ во снѣ, когда встрѣчаются съ умершими. Со многими деталями развивается названная теорія въ первой части соціологіи Спенсера, а кому принадлежитъ починъ ея — спорный.

Digitized by Google

тивъ исходнаго пункта теоріи Фюстель-де-Куланжа, будто бы религія—единственная основа семейной организаціи. Напримѣръ, въ послѣднемъ произведеніи извѣстнаго юриста Мэна,—который, кстати сказать, очень симпатично относится къ названному труду Фюстель-де-Куланжа, — находимъ слѣдующую поправку въ воззрѣніяхъ французскаго ученаго. «Фюстель-де-Куланжъ, говоритъ Мэнъ [1]), не упоминая вовсе объ обычаѣ «материнскаго права», высказываетъ тотъ взглядъ, что всѣ характерныя черты такъ называемой патріархальной семьи были созданы культомъ предковъ... Весьма вѣроятно, что культъ предковъ немало содѣйствовалъ упроченію всѣхъ семейныхъ отношеній, освящая ихъ, но при современномъ состояніи изслѣдованій скорѣе слѣдуетъ склониться въ пользу того взгляда, по которому власть отца имѣетъ болѣе древнее происхожденіе, чѣмъ обычай поклоняться ему. Въ самомъ дѣлѣ, почему бы умершій долженъ быть почитаемъ болѣе всякаго другаго члена, если онъ при жизни своей не былъ въ ней членомъ, наиболѣе рѣзко выступавшимъ среди остальныхъ—лицомъ, внушавшимъ къ себѣ наибольшее благоговѣніе и страхъ. По господствующей теоріи, онъ — то кроткимъ, то гнѣвнымъ — чаще всѣхъ другихъ является своимъ дѣтямъ во снѣ». И такъ, несомнѣнно, культъ предковъ содѣйствовалъ и охранялъ наслѣдованіе sui heredes.

е) Мы изложили выдающіяся теоріи по опредѣленію causa suitatis. Которая изъ нихъ наиболѣе безупречна? Чтобы отвѣтить на это, прежде всего слѣдуетъ выяснить, зачѣмъ поднимается вопросъ о causa suitatis.

вопросъ. Въ концѣ русскаго перевода соціологіи Спенсера помѣщена полемическая переписка по этому поводу между Спенсеромъ и Тайлоромъ.

[1]) Русскій переводъ А. Аммона и В. Дерюжинскаго, подъ редакціей М. Ковалевскаго, 1884 г., стр. 57.

Digitized by Google

Если хотять найти непреложное или абсолютное основаніе наслѣдованія, одинаково пригодное для всякаго мѣста и времени, то подобное желаніе при современномъ состояніи знанія, подорвавшемъ кредитъ къ метафизическимъ концепціямъ въ погонѣ за абсолютомъ, должно быть признано несбыточнымъ. Въ данномъ случаѣ, историку-юристу интересно развѣ только знать, какое въ разсматриваемую эпоху юридическое основаніе могло существовать для наслѣдованія sui heredes. Или, точнѣе говоря, намъ интересно развѣ только знать, какіе мотивы представили бы децемвиры подъ статьей, опредѣлившей наслѣдованіе sui heredes, и какъ могла оправдывать это наслѣдованіе судебная практика того времени.

Изо всѣхъ изложенныхъ нами causae suitatis преемство культа предковъ, какъ кажется, могло служить въ глазахъ тогдашняго юриста наиболѣе подходящимъ мотивомъ наслѣдованія. И вотъ почему. Теперь достаточно выяснено, что преемство культа въ древности было неизбѣжною обязанностью домашнихъ наслѣдниковъ, а въ эпоху XII таблицъ право далеко невполнѣ еще дифференцировалось отъ религіи[1]). При этихъ условіяхъ, очевидно, коль скоро законодатель взялся охранять явленіе, находящее сильную опору въ религіи, ему проще всего было мотивировать предписаніе закона религіозными соображеніями. Что же касается юриспруденціи, то, вѣдь, юристами того времени были жрецы, со стороны которыхъ безразсудно было бы игнорировать сакральный мотивъ, такъ какъ sacra privata составляли ихъ доходную статью[2]).

---

[1]) *Мэнъ*, Древній законъ, стр. 4: „о римскомъ правѣ думали, что въ немъ свѣтская и понтификальная юриспруденція были обособлены. Но то немногое, что дошло до насъ отъ законовъ XII таблицъ, содержитъ въ себѣ не мало такого, что можетъ быть отнесено именно къ религіозному ритуалу“.

[2]) Подобная же causa suitatis въ Аѳинахъ. *Caillemer*, Le droit de succession à Athènes, p. 45 ss.

Digitized by Google

Впослѣдствіи, когда римскіе юристы познакомились со стоической философіей, когда цивильное право стали реформировать по требованіямъ juris gentium, быть можетъ, приводили иное основаніе наслѣдованія нисходящихъ родственниковъ. По замѣчанію Рудорфа[1]), римскіе юристы находили тогда causa въ естественномъ законѣ, по которому старѣйшій родъ уступаетъ мѣсто младшему; напримѣръ, Павелъ (fr. 7 pr. D. 48. 20) называетъ этотъ законъ ratio naturalis quasi lex quaedam tacita. Но это обоснованіе наслѣдованія могло возникнуть не ранѣе конца республиканскаго періода, а въ эпоху децемвирата и нѣсколько позднѣе наиболѣе подходящимъ мотивомъ, по всей вѣроятности, было преемство культа.

Познакомившись со временемъ возникновенія и causa suitatis, далѣе посмотримъ, какіе родственники наслѣдодателя разумѣлись подъ словами: sui heredes.

III) *Кто назывался suus heres?* Намъ не приходится много говорить о личности наслѣдодателя, ибо, очевидно, можно было вступать въ юридическія отношенія только того человѣка, который самъ былъ субъектомъ этихъ отношеній; а такимъ лицомъ въ древне-римской семьѣ былъ одинъ paterfamilias. Materfamilias въ семьѣ занимала подчиненное положеніе; поэтому, nulla femina aut habet suos heredes, aut desinere habere potest propter capitis deminutionem[2]).

Другое дѣло—личность наслѣдника. Какіе родственники умершаго домовладыки подходили подъ категорію sui heredes? Отвѣта въ XII таблицахъ нѣтъ. Правда,

---

[1]) *Puchta*, Cursus der Institutionen, § 304, not. 6.

[2]) Fr. 13 D. 38. 16.—Тоже Ульпіанъ, 26, 7: ad liberos matris intestatae hereditas ex lege XII tab. non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent. Наслѣдованіе дѣтей въ имуществѣ матери впервые было опредѣлено гораздо позднѣе XII таблицъ, по sctum Tertullianum.

Digitized by Google

позднѣйшая юриспруденція довольно подробно называетъ тѣхъ родственниковъ, которые въ ея время наслѣдовали, въ качествѣ sui heredes. Но нѣкоторые романисты сомнѣваются, относились ли всѣ родственники, причисляемые римскими юристами къ первому рангу цивильныхъ наслѣдниковъ, по законодательству XII таблицъ къ sui heredes; есть предположеніе, что они къ нимъ были отнесены впослѣдствіи, по догмѣ римской юриспруденціи. Остановимся сначала на этихъ догадкахъ новѣйшихъ писателей, а затѣмъ познакомимся съ догмой римской юриспруденціи.

1) *Догадки новѣйшихъ писателей* — двоякаго рода. Большинство полагаетъ, что всѣ нисходящіе и жена patrisfamilias, называемые sui heredes въ римской юридической литературѣ, наслѣдовали уже въ первомъ классѣ по XII таблицамъ. Въ предстоящемъ обзорѣ догмы римской юриспруденціи будетъ помѣщенъ подробный перечень этихъ наслѣдниковъ. Меньшинство (Гризингеръ, Глюкъ, Фюстель-де-Куланжъ) иначе думаетъ: по кодексу децемвировъ, подъ suus heres слѣдуетъ разумѣть одного filiumfamilias. Такъ какъ больше всего аргументовъ въ пользу этого мнѣнія представилъ Гризингеръ, то мы и обратимъ вниманіе, главнымъ образомъ, на его теорію.

а) *Теорія Гризингера* такова: только filiusfamilias ratione legis назывался suus heres, а всѣ остальные члены семьи наслѣдовали по XII таблицамъ во второмъ разрядѣ (proximus agnatus) и лишь постепенно были причислены къ первой категоріи цивильныхъ наслѣдниковъ благодаря римской юриспруденціи.

Гризингеръ доказываетъ свою теорію путемъ исключенія другихъ наслѣдниковъ изъ разряда sui heredes, такъ что аргументы его отрицательнаго характера: α) внуки по XII таблицамъ не sui heredes; β) дочери — не suae heredes, γ) всѣ другіе наслѣдники также не sui

Digitized by Google

heredes, δ) отрицательная оцѣнка сообщеній древнихъ писателей, юристовъ и неюристовъ.

α) Внуки—не sui heredes. Гризингеръ приводитъ 18 аргументовъ[1]); но всѣ они крайне проблематичны. Главные изъ нихъ уже оспорены Савиньи[2]), остальные устранить тоже нетрудно.

Въ аргументаціи Гризингера можно замѣтить слѣдующіе семь способовъ доказать, что внуки — не sui heredes.

Названіе suus heres (№№ 1 и 5) означаетъ: естественный наслѣдникъ отца; но мы видѣли, что это не единственное объясненіе даннаго названія[3]).

Римскіе юристы называютъ sui heredes ближайшихъ изъ агнатовъ (№№ 8 и 9), а ближайшій агнатъ—сынъ. Это вѣрно; но Гризингеръ упускаетъ изъ виду, что и внукъ будетъ ближайшимъ агнатомъ, если нѣтъ сына. Слѣдовательно, тогда внукъ—также suus heres.

Въ источникахъ нерѣдко говорится (№№ 2, 3, 4, 10 и 11), что внуки призываются къ наслѣдованію in locum filiorum; напримѣръ, fr. 4 § 2 D. 38. 16: si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedunt omnes nepotes ex eo nati, qui in posestate sunt. Отсюда Гризингеръ дѣлаетъ выводъ: внуки самостоятельно не наслѣдовали въ разрядѣ sui heredes. Но опять-таки авторъ нигдѣ не обмолвился, что въ цитованныхъ имъ фрагментахъ рѣчь идетъ объ jus repræsentationis, правѣ представленія, которое уже практиковали въ первомъ классѣ цивильнаго наслѣдованія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ умышленно скрываетъ конечное предложеніе приводимаго фрагмента, такъ какъ оно не согласуется съ его

---

[1]) *Griesinger*, l. c., pp. 28—85.

[2]) *Savigny*, Рецензія на сочиненіе Гризингера (Geschichte und Theorie der Suität, 1807), помѣщенная въ Heidellberger Jahrbücher für Jurisprudenz und Staatswissenschaften, 1808 г., I, pp. 135—142.

[3]) См. выше, стр. 138—140.

Digitized by Google

предположеніемъ. Такъ, изъ § 15 Inst. 3. 2: item vetustas, ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes, qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem—Гризингеръ выводитъ, что внуки не sui heredes; между тѣмъ конецъ этой длинной фразы: et juri agnatorum eos (vetustas) anteponebat — ясно показываетъ, что nepotes стояли раньше агнатовъ, т. е., въ разрядѣ sui heredes [1]).

Въ источникахъ римскаго права (№№ 6, 13, 15 и 17) говорится лишь о сынѣ, какъ о suus heres, но не упоминается о внукахъ. Дѣйствительно, въ тѣхъ мѣстахъ изъ источниковъ, которыя приводятся авторомъ, рѣчь идетъ о сынѣ, какъ о suus heres; но, во первыхъ, изъ этого не слѣдуетъ, что внуки — не sui heredes; во вторыхъ, Гризингеру, конечно, извѣстно было, что есть обратныя показанія юристовъ (напримѣръ, Gai, 3, 2 и др.).

О внукахъ иногда источники говорятъ или слишкомъ подробно (№ 12) или очень нерѣшительно (№ 16). Такой тонъ римскихъ юристовъ, можетъ быть, зависитъ отъ того, что наслѣдованіе внуковъ порождаетъ больше компликацій (напр., при дѣлежѣ наслѣдства), чѣмъ наслѣдованіе сыновей.

Вопросъ о прерогативахъ сыновей предъ внуками (№№ 7 и 14), напримѣръ, при exheredatio, emancipatio, по справедливому возраженію Савиньи, разрѣшается совсѣмъ по другимъ основаніямъ, а не по сомнительной причинѣ, будто-бы внуки не sui heredes.

---

[1]) Точно также напрасно Гризингеръ считаетъ справедливымъ сомнѣніе римлянина Фронта (которому отвѣчали императоры Діоклетіанъ и Максиміанъ въ конституціи, l. 3 Cod. 6. 55), будто внуки не sui heredes по XII таблицамъ. Въ указанной конституціи ясно выражено: filius ac nepos ex alio, qui mortis ejus tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris, pariter succedant, evidenterlege XII tab. cavetur.

Digitized by Google

Наконецъ, всѣ указанія (№ 18) на способъ интерпретаціи римскихъ юристовъ (aequum est, naturali aequitati contingit, placuit—все это, по Гризингеру, свидѣтельствуетъ, что наслѣдованіе внуковъ было опредѣлено впервые римской юриспруденціей) нашли себѣ такое объясненіе въ помянутой рецензіи Савиньи которое исключаетъ сказанный выводъ Гризингера [1]).

Такимъ образомъ, у Гризингера мы не находимъ доказательствъ его положенія: внуки—не sui heredes по закону XII таблицъ.

β) Дочери — не suae heredes. И здѣсь 17 аргументовъ [2]) также бездоказательны, какъ и только что нами разсмотрѣнные.

Многіе изъ аргументовъ опираются на предъидущіе (№ 1: по римскому праву дочери не имѣютъ преимущества предъ внуками; если же внуки не наслѣдовали, то дочери и подавно; № 2 и 3 соотвѣтствуютъ №№ 7 и 14 предшествующаго тезиса, № 6—№№ 10 и 13, №№ 5

---

[1]) Подъ выраженіями: aequum est, aequitate contigit и т. под. можетъ подразумѣваться и предписаніе закона; вѣдь называетъ-же Тацитъ XII таблицъ finis aequi juris. Что касается выраженія: placuit, то въ § 6 Inst. 3. 1, гдѣ оно встрѣчается, фраза: et quia placuit, nepotes... in parentis sui locum succedere—представляетъ собою дальнѣйшее заключеніе (jus repraesentationis) изъ предъидущаго предложенія, въ которомъ сказано, что сынъ и внукъ другаго умершаго сына pariter ad hereditem vocantur. Наконецъ, одинъ изъ важныхъ аргументовъ Гризингера-слова Гая (3, 15): sed alia facta (Гризингеръ въ 1807 году, до открытія полныхъ институцій Гая, читалъ въ Coll. leg. M. et R, 16, 2: faciat) est juris interpretatio inter suos heredes—эти слова, какъ показалъ Савиньи, не свидѣтельствуютъ, что римская юриспруденція создала наслѣдованіе всѣхъ sui heredes, но отвѣчаютъ только на вопросъ о порядкѣ наслѣдованія: у агнатовъ наслѣдуетъ одинъ ближайшій (ibidem: si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioriobus intellegitur, frater prior est, quia gradu praecedit), а inter suos heredes alia facta est juris interpretattio (ближайшая степень не имѣетъ такого эффекта, какъ-то было установлено интерпретаціей).

[2]) pp. 92—138.

Digitized by Google

и 7—№ 17 и т. д.); а такъ какъ предъидущіе аргументы неубѣдительны, то и настоящіе ничего не доказываютъ.

Есть нѣсколько выводовъ (№№ 4 и 11) изъ умолчанія источниковъ, какъ и въ №№ 6, 15 и др. разсмотрѣннаго положенія. Изъ умолчанія одного мѣста источниковъ нельзя что-либо вывести, если въ другихъ мѣстахъ (напримѣръ, Gai, 3, 2) дочери называются suae heredes.

Нѣкоторые аргументы (№№ 8 и 9) представляютъ собою общее предположеніе объ основаніи наслѣдованія по XII таблицамъ: по политическимъ соображеніямъ, въ виду того, чтобы патриціатъ, эта римская аристократія, не обѣднѣлъ, было запрещено наслѣдованіе женщинъ, такъ какъ онѣ при выходѣ замужъ за плебея могли передать родовое имущество низшему классу. Мы уже имѣли случай указать на шаткость этого предположенія.

Выраженіе: suus heres (№ 12) относится къ мужчинамъ, а не женщинамъ. Это замѣчаніе идетъ въ разладъ съ извѣстнымъ правиломъ латинской грамматики, о которомъ упоминаетъ Ульпіанъ (fr. 195. D. 50. 16): pronunciatio sermonis iu sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

Юридическое положеніе женщинъ заставляетъ Гризингера стоять за свой тезисъ; но все, что имъ сообщается ради характеристики положенія женщины, вовсе не приводитъ къ желанному результату. Такъ, указаніе на отсутствіе права у женщинъ (№ 10) быть опекуншами не имѣетъ отношенія къ ихъ праву наслѣдованія; дѣти не наслѣдовали долго въ имуществѣ матери (№№ 13 и 16), но изъ этого не слѣдуетъ, что дочери не были наслѣдницами въ имуществѣ отца; женщина не имѣла testamenti factio activa (№ 14), а принимать наслѣдство ей не возбранялось (рабъ тоже не имѣлъ

Digitized by Google

права составлять завѣщаніе, наслѣдникомъ-же его назначали); отсутствіе у женщинъ права собственности на имущество (№ 15) Гризингеръ не доказываетъ— скорѣе можно предположить противное, ибо къ чему-же, иначе, напримѣръ, существовала издавна въ Римѣ tutela mulierum perpetua или зачѣмъ-же было закону Воконія ограничивать право наслѣдованія женщинъ.

Аналогія греческаго права (№ 17) также не въ пользу теоріи Гризингера; тутъ онъ самъ не споритъ противъ того, что по аттическому праву дочь наслѣдовала послѣ сына (zurückstand) [1].

Слѣдовательно, вся приведенная аргументація не доказываетъ, что дочери не были въ разрядѣ sui heredes по XII таблицамъ.

γ) Всѣ прочіе родственники—не sui heredes, ибо коль скоро внуки и дочери не принадлежали къ первому классу цивильныхъ наслѣдниковъ, то болѣе отдаленные изъ нисходящихъ родственниковъ, равно какъ и жена, также не относились къ этому классу [2]. Такое заключеніе было-бы, конечно, правильно, если-бы первыя два положенія были доказаны; но такъ какъ они не доказаны, то нельзя признать справедливымъ безусловное исключеніе помянутыхъ лицъ изъ первой категоріи наслѣдниковъ по XII таблицамъ.

δ) Оцѣнка сообщеній древнихъ писателей направлена на то, чтобы доказать что только filiusfamilias— suus heres. Съ юристами Гризингеръ легко справляется [3].

По словамъ его, крассическихъ юристовъ и самого Юстиніана, слишкомъ ясно сообщившихъ намъ, что законъ XII таблицъ не дѣлалъ различія въ степени бли-

---

[1]) См. напримѣръ, *Samuel Mayer*, die Rechte der Israiliten, Athener und Römer, 1862 г., 1 т., p. 447.

[2]) *Griesinger*, l. c., pp. 191—194.

[3]) Ibid., pp. 138—151.

Digitized by Google

зости къ наслѣдователю по нисходящей линіи между мужчинами и женщинами [1]), призывая ихъ одинаково къ наслѣдованію, въ качествѣ sui heredes,—позволительно было-бы обвинить въ исторической ошибкѣ, такъ какъ ужь очень далеко жили они отъ эпохи децемвирата; но въ данномъ случаѣ авторъ находитъ возможнымъ обойтись даже безъ этого обвиненія. Дѣло въ томъ, что римская юриспруденція обладала такого рода интерпретаціей, какую Гризингеръ имѣлъ основаніе назвать законодательною (legislatorische Interpretation), а слова: ex lege XII tabularum принимались или въ значеніи предписанія закона, или въ смыслѣ: согласно интерпретаціи закона XII таблицъ [2]); эти соображенія даютъ возможность автору освободить помянутыхъ юристовъ (Павла, Каллистрата) и императоровъ (Діоклетіана, Юстиніана) отъ обвиненія въ незнаніи исторіи отечественнаго права. Онъ предлагаетъ думать, что юристы и императоры помышляли именно объ интерпретаціи, а не о самомъ законѣ. — Аргументъ обоюдоострый, ибо ничто не мѣшаетъ думать иначе.

Что-же касается древнихъ писателей не—юристовъ,

---

[1]) Pauli Sent. IV, 8, 20: ceterum lex XII tab. nulla discretione sexus agnatos admittit.—§ 5 Inst. 2. 13: lege XII tabularum omnes (мужчины и женщины) similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur.—Тоже въ l. 14 C. 6. 56.

Fr. 220 D. 50. 16 (Callistratus): *liberorum* appellatione nepotes et pronepotes, ceterique, qui ex his descendunt, continentur; hos enim omnes suorum appellatione lex XII tab. comprehendit.—Тоже въ вышесказанномъ § 15 Inst. 3. 1 и въ l. 3 C. 6. 55.

[2]) Fr. 6 § 1 II. 50. 16: *ex legibus* ita accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis.—Pr. Inst, 1. 17: *ex eadem lege XII tab.* libertorumet libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est *per interpretationem*, atque si verbis legis introducta esset.

Digitized by Google

то всѣ сообщенія ихъ о наслѣдованіи женщинъ [1]) Гризингеръ считаетъ или незаслуживающими довѣрія, такъ какъ они относятся къ легендарному (царскому) періоду римской исторіи, или-же не вѣритъ имъ просто потому, что эти писатели жили въ эпоху, слишкомъ отдаленную отъ децемвирата. Такъ легко Гризингеръ отдѣлывается отъ того, что явно противорѣчитъ его положеніямъ.

Всѣ изложенныя соображенія Гризингера крайне недостаточны для того, чтобы согласиться съ его теоріей. Да и въ сущности говоря, авторъ переусердствовалъ въ отрицательныхъ аргументахъ съ точки зрѣнія своего же обоснованія цивильнаго наслѣдованія. По его мысли, децемвиры въ лицѣ suus heres видѣли надежнаго преемника родоваго имущества римской аристократіи; для такой цѣли были пригодны и сынъ и внукъ наслѣдователя. Слѣдовательно, внука не зачѣмъ было исключать изъ категоріи sui heredes. Вотъ, для сказаннаго проэкта децемвировъ не подходили женщины, но Гризингеру не удалось доказать, что дочь и жена не были suae heredes. А есть-ли основаніе думать, что онѣ, дѣйствительно, были таковыми въ эпоху XII таблицъ — объ этомъ мы скоро скажемъ.

Кромѣ Гризингера еще Глюкъ и Фюстель-де Куланжъ полагаютъ, что децемвиры подъ suus heres разумѣли одного filiusfamilias.

б) Глюкъ [2]) довольствуется приведенными шаткими доводами Гризингера. Фюстель-де Куланжъ, отожествляющій наслѣдованіе съ преемствомъ культа, устраняетъ дочерей отъ наслѣдованія, потому что дочь не способна продолжать вѣру отца; выходя замужъ, она отрекается отъ культа отца и усвоиваетъ культъ мужа [3]).

---

[1]) *Griesinger*, pp. 166—190.

[2]) *Glück*, Hermeneutisch—System. Erörterung, pp. 194—205. Тоже *Hunger*, Das römische Erbrecht, 1834 г., § 106.

[3]) *Фюстель-де Куланжъ*, l. c., стр. 91—96.

Digitized by Google

Но, во-первыхъ, касательно Рима, какъ замѣчаетъ самъ авторъ, распоряженія его первобытнаго права, исключавшія дочерей отъ наслѣдія, не дошли до насъ. Такъ, какъ-же Фюстель-де Куланжъ доказываетъ отсутствіе у женщинъ права наслѣдованія по древне-римскому праву? Прежде всего институціи Юстиніана (§ 2 Inst. 2. 9) исключаютъ дочь изъ числа природныхъ наслѣдниковъ, если она уже не подъ властью отца, вышла замужъ. А если такъ было во время Юстиніана, то можно предполагать, что въ первобытномъ правѣ даже незамужняя дочь, въ силу того, что ей предстояло когда-нибудь выйдти замужъ, не могла наслѣдовать отчину. Выводъ невѣрный, ибо изъ того только, что незамужняя дочь не устранялась отъ наслѣдованія при Юстиніанѣ, не слѣдуетъ, что она не наслѣдовала раньше. Затѣмъ, институціи, говоритъ авторъ, напоминаютъ также о древнемъ, вышедшемъ изъ обычая, но не забытомъ еще правилѣ, чтобы наслѣдство переходило отъ мужчины къ мужчинѣ. Но въ указанномъ мѣстѣ институціи выражаются совсѣмъ иначе [1]): мужчины наслѣдуютъ до самыхъ отдаленныхъ степеней родства (etiam longissimo gradu), а изъ женщинъ только ближайшія родственницы (si sorores sint, ulterius non capiant). Наконецъ, остальныя указанія Фюстель-де Куланжа на неполное наслѣдованіе дочерей при Цицеронѣ не доказываютъ, что дочери вовсе не наслѣдовали [2]).

Во-вторыхъ, преемство культа, въ качествѣ фактора, упрочивающаго древнее наслѣдованіе, едва-ли могло

---

[1]) § 3 Inst. 3. 2: ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur; quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsae consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant.

[2]) *Seheurl*, Kritische Vierteljahrschrift, neue Folge, Bd. V, p. 218: сомнѣніе въ томъ, принимала-ли женщина наслѣдство, устраняется объясненіемъ: за женщину бралъ наслѣдство ея опекунъ.

Digitized by Google

представить помѣху при наслѣдованіи женщинъ. Вѣдь, женщина имѣла-же возможность поддерживать культъ религіозный: въ древнемъ Римѣ бывали жрицы (напримѣръ, весталки), жены жрецовъ (жена flamen dialis—flaminica) непосредственно служили божеству, materfamilias помогала домовладыкѣ совершать жертвоприношенія, женщины принимали участіе въ религіозныхъ церемоніяхъ, имѣвшихъ юридическое значеніе (напримѣръ, при confarreatio). Все это показываетъ, что женщинѣ не возбранялось поддерживать существующій культъ; она не могла только передавать культа. Можетъ быть, послѣднее обстоятельство было одною изъ причинъ, почему женщины не имѣли «своихъ наслѣдниковъ», а имъ самимъ культъ, вѣроятно, не мѣшалъ быть suae heredes. По крайней мѣрѣ, такого запрета со стороны религіи до насъ не дошло. Да и въ самомъ дѣлѣ, допустимъ слѣдующій случай: по смерти отца осталась единственная дочь. Неужели ей ничего не достанется изъ наслѣдства? Фюстель-де Куланжъ отказываетъ дочери въ правѣ наслѣдованія, потому что при выходѣ замужъ ей предстоитъ перемѣнить культъ отца на культъ мужа. Однако подобная опасность перемѣны культа,—если только, дѣйствительно, она принималась въ разсчетъ,—могла быть и при наслѣдованіи сыновей; сынъ могъ позволить себя усыновить. Правда, вѣроятность усыновленія не такъ велика, какъ вѣроятность свадьбы; но за то, въ свою очередь, предстоящая свадьба дочери сама по себѣ, какъ мы ниже увидимъ, давала ей право наслѣдованія. Такимъ образомъ, ни культъ религіозный не былъ противъ наслѣдованія дочерей, ни замужество ихъ не представляло тому затрудненія.

Въ-третьихъ, Фюстель-де Куланжъ замѣчаетъ, что люди рано ухитрились помирить религіозный запретъ дочери быть наслѣдницей съ естественнымъ желаніемъ отца, чтобы она могла воспользоваться его достаткомъ.

Digitized by Google

И этотъ обходъ религіознаго запрета происходилъ такимъ образомъ: въ Индіи и въ Греціи отецъ, оставляющій по себѣ единственную дочь, передавалъ свое имущество наслѣднику съ условіемъ жениться на его дочери, такъ что въ дальнѣйшемъ наслѣдовалъ сынъ дочери (θυγατριδοῦς). Но подобный актъ, въ которомъ имѣется назначеніе наслѣдника, въ Римѣ назывался-бы тестаментомъ. Слѣдовательно, тутъ не было рѣчи о наслѣдованіи безъ завѣщанія.

Такимъ образомъ, мнѣніе Фюстель-де Куланжа объ устраненіи дочерей отъ цивильнаго наслѣдованія ab intestato можетъ быть оспорено.

в) Всѣ разсмотрѣнныя теоріи не въ состояніи были показать, что внуки и женщины, принадлежащія къ семьѣ наслѣдователя, не наслѣдовали по XII таблицамъ. Такъ, кого-же надо разумѣть подъ suus heres?

Названіе suus heres—свой наслѣдникъ—на современномъ языкѣ крайне неопредѣленное названіе; всякаго наслѣдника можно титуловать своимъ наслѣдникомъ. Хорошо, что римскіе юристы повѣдали намъ, что подъ suus heres слѣдуетъ понимать только domesticus heres. Но опять-таки современному юристу, привыкшему опредѣлять наслѣдованіе по выработанному родственному масштабу, такой терминъ можетъ показаться довольно эластичнымъ, растяжимымъ. Однако при этомъ надлежитъ имѣть въ виду слѣдующее.

Если для правовѣдѣнія нашего времени разсматриваемая терминологія оказывается неподходящей, то для цивильной эпохи римскаго права названное обозначеніе ближайшаго наслѣдника сравнительно съ предшествовавшимъ наслѣдованіемъ въ родовомъ быту было прогрессивнымъ явленіемъ. Въ родовой жизни съ преобладающимъ агнатическимъ родствомъ наслѣдовалъ, конечно, ближайшій агнатъ. Suus heres опредѣленнѣе ближайшаго агната, ибо не всякій агнатъ относится къ категоріи

Digitized by Google

«своихъ наслѣдниковъ», а только тотъ, который при смерти наслѣдователя принадлежалъ къ семьѣ его. Это уже замѣтная дифференціація наслѣдниковъ. А въ дальнѣйшей исторіи и сами sui heredes дифференцировались. Изъ одного класса образовались три класса; именно, по преторскому эдикту еще точнѣе былъ опредѣленъ порядокъ наслѣдованія домашнихъ наслѣдниковъ: 1) unde liberi—дѣти 2) другіе домашніе наслѣдники въ классѣ unde legitimi [1]) и 3) unde vir et uxor—пережившій супругъ по 4 классу эдикта (3-й классъ эдикта—unde cognati — представляетъ собою новую категорію наслѣдниковъ благодаря иниціативѣ претора).

Были-ли въ XII таблицахъ еще какія-нибудь опредѣленія касательно sui heredes кромѣ цитованнаго: si intestato moritur,—намъ неизвѣстно. А если о нихъ такъ глухо было сказано – cui suus heres nec escit—то, конечно, юриспруденціи приходилось на практикѣ опредѣленнѣе высказываться, какіе родственники относились къ разряду домашнихъ наслѣдниковъ, Въ этомъ разѣ дѣятельность римскихъ юристовъ не была творческою, въ родѣ дѣятельности претора, создавшаго bonorum possesio. Ихъ работа была скорѣе экзегетическаго характера; они должны были сперва выяснять въ отдѣльныхъ случаяхъ, подходилъ-ли какой-либо родственникъ наслѣдователя подъ категорію sui heredes, или нѣтъ, а впослѣдствіи юристы на основаніи прецедентовъ дѣлали обобщенія, давали общую характеристику перваго класса цивильныхъ наслѣдниковъ (напр., вышеприведенная характеристика Павла, Ульпіана, Гая, и т. д.). Такъ, обратимся къ догмѣ римской юриспруденціи.

---

[1]) См. напр. 6 D. 38. 7: nati post mortem patris, vel post captivitatem sive deportationem,—jus inter se consanguinitatis habent, etsi heredes patri non extiterint, sicuti exheredati, О наслѣдованіи sui heredes въ классѣ unde legitimi см. еще fr 1 § 11 D 38. 9, fr 2 pr. D 38. 7.

Digitized by Google

2) *Догма римской юриспруденціи.* Мы узнаемъ о томъ, какіе родственники наслѣдовали, въ качествѣ sui heredes, преимущественно отъ классическихъ юристовъ; классическіе же юристы отчасти сами разработывали этотъ вопросъ, отчасти опирались на прецеденты, т. е., на responsa mediae seu veteris jurisprudentiae, которая непосредственно интерпретировала предписанія XII таблицъ. Вотъ, по догмѣ римской юриспруденціи наслѣдованіе слѣдующихъ лицъ помѣщалось въ первомъ разрядѣ цивильнаго права [1]).

а) *Наслѣдованіе нисходящихъ мужскаго пола,* неотдѣленныхъ отъ семьи наслѣдователя [2]); сюда относились какъ дѣти естественныя, такъ и лица усыновленныя [3]). Подвластный внукъ — агнатъ замѣнялъ сына умершаго или вышедшаго изъ семьи еще при жизни наслѣдователя, правнукъ заступалъ мѣсто внука [4]).

Во имя отличительнаго признака домашнихъ наслѣдниковъ, ихъ принадлежности къ семьѣ, не имѣлъ права

---

[1]) Въ любомъ курсѣ исторіи римскаго права можно найти предлагаемый перечень «своихъ наслѣдниковъ». Лучшая группировка ихъ, впрочемъ, у Глюка, l. c., pp. 186—200, также у Ширмера, Handbuch des röm. Erbr., p. 129—133.

[2]) О подчиненности домовладыкѣ часто говорятъ источники: Gai, 2, 156: filius filiave... deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. Тоже Ульпіанъ, 22, 14; 26, 1; Павелъ, 4, 8, 4: sui heredes... modo maneant in potestate.

[3]) Ульпіанъ, l. c: liberi quos in potestate habemus tam naturales quam adoptivi. Павелъ, l. c: nec interest adoptivi sint, an naturales.

[4]) Gai, 3, 2: nepos neptisve *ex filio,* pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave;—ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si *praecedens* persona *desierit* in potestate parentis esse, sive *morte* id acciderit sive *alia ratione,* veluti *emancipatione* (буквально тоже въ § 2 Inst. 3. 1).—Fr. 11 D 38. 16: *capitis minutione* pereunt legitimae hereditates, quae ex lege XII tab- veniunt, sive vivo aliquo, sive antequam adeatur hereditas ejus, capitis minutio intercessit, quoniam desinit suus heres vel agnatus recte dici.

Digitized by Google

наслѣдованія filius emancipatus. А для того, чтобы emancipatio имѣла силу, необходима была, согласно извѣстному закону XII таблицъ, троекратная продажа посредствомъ mancipatio. Поэтому, сынъ, вышедшій изъ подневоли въ чужомъ домѣ ex prima secundave mancipatione, переходилъ на прежнее подвластное положеніе въ родномъ домѣ и становился неизбѣжнымъ, такъ сказать, *припущенникомъ* въ отцовскомъ наслѣдіи (agnascitur suus heres, по выраженію Ульпіана [1]); (откуда agnatio sui heredis—Глюкъ, l. c., p. 193).

Бывали иногда случаи наслѣдованія нисходящихъ, осложненные другими юридическими отношеніями. Какъ послѣдовательно юристы распутывали эти осложненія, можно видѣть изъ примѣровъ.

Paterfamilias умиралъ, а filiusfamilias въ плѣнъ попалъ. Военноплѣнный считается рабомъ даже въ глазахъ своихъ земляковъ—римлянъ; отцу наслѣдовать не можетъ; за то, по возвращеніи изъ плѣна онъ получаетъ наслѣдство по фикціи (fictio ex lege Cornelia, jus postliminii), какъ будто-бы онъ и не былъ въ плѣну [2].—Правда, этотъ случай не изъ особенно сложныхъ, но вотъ, совсѣмъ запутанный казусъ.

Отецъ, сынъ и внукъ—всѣ вмѣстѣ живутъ. Умирая, отецъ составляетъ духовное завѣщаніе, въ которомъ сына почему-то лишаетъ наслѣдства, а наслѣдникомъ назначаетъ посторонняго человѣка; пока heres institutus раздумываетъ, вступать ли ему въ наслѣдство, умираетъ также filius exheredatus. Кому идетъ наслѣдство? Ульпіанъ го-

---

[1]) Gai, 3, 6: quod etiam de eo filio, qui ex prima secundave mancipatione post mortem patris manumittitur, intellegemus.—Ulp. 23, 3: agnascitur suus heres... aut manumissione, id est si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem.

[2]) § 4 Inst. 3. 1: licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris, jus enim postliminii hoc facit.

Digitized by Google

воритъ: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est hereditas [1]).

б) *Наслѣдованіе дочери* по XII таблицамъ является въ современной литературѣ спорнымъ вопросомъ; но, какъ мы выше видѣли, всѣ возраженія, сдѣланныя противъ наслѣдованія дочерей, могутъ быть устранены.

О наслѣдованіи нисходящихъ родственниковъ мужскаго пола мы узнаемъ отъ классическихъ юристовъ; тотъ-же источникъ и для наслѣдованія дочерей [2]). Слѣдовательно, есть такое-же основаніе полагать, что media jurisprudentia интерпретировала наслѣдованіе дочери согласно ratio legis XII tabularum.

Ничто не мѣшаетъ допустить, что дочь имѣла право наслѣдованія въ эпоху XII таблицъ. И общая постановка вопроса о наслѣдованіи дочерей въ древности и наличность условій, требуемыхъ этою постановкою, въ древне-римскомъ правѣ — все это говоритъ въ пользу сдѣланнаго предположенія.

Сравнительный методъ изслѣдованія приводитъ Мэна къ слѣдующей постановкѣ вопроса. Во всякомъ изслѣдованіи о происхожденіи права дочерей на участіе въ наслѣдованіи отцовскаго имущества, по словамъ Мэна [3]), необходимо коснуться широко распространеннаго въ древнемъ мірѣ обычая — выдавать имъ при вступленіи ихъ въ бракъ извѣстную часть имущества. Приданое дочери и ея наслѣдованіе являются *альтернативными* способами обезпеченія. Имѣются указанія на наслѣдованіе дочерей въ древне-индусскомъ правѣ, въ греческомъ правѣ. Древне-римское право, говоритъ Мэнъ, въ

---

[1]) Fr. 1 § 8 D. 38. 16. Также рѣшаетъ тотъ-же вопросъ Папиньянъ, fr. 7 pr. D. 38, 6.

[2]) Напр., Gai. 3, 2; sui autem existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius *filiave* etc. Тоже § 3 Inst. 3, 2.

[3]) *Мэнъ*, Древній законъ, стр. 82 и слѣд.

Digitized by Google

наиболѣе раннiй изъ извѣстныхъ намъ перiодовъ своего развитiя, признавало за дочерьми извѣстную долю въ наслѣдственномъ имуществѣ ихъ отца[1]). Самое обезпеченiе дочери совершалось посредствомъ движимаго и переносимаго имущества.

Перефразировавъ мысль Мэна, получаемъ слѣдующее положенiе: замужняя дочь не наслѣдуетъ, потому что ей не нужно приданаго; дочь незамужняя наслѣдуетъ, ибо ей полагается имѣть отъ отца обезпеченiе. Было-ли на самомъ дѣлѣ подобное альтернативное обезпеченiе дочери въ древнемъ Римѣ, мы не знаемъ; но, по всей вѣроятности, оно могло быть: о правѣ незамужнихъ дочерей на имущество отца по смерти его, мы видѣли, говорятъ римскiе юристы; о томъ, что отецъ въ древности давалъ замужней дочери возможность пользоваться его имуществомъ—догадываются романисты. Такъ, Кунце, имѣя въ виду, что въ то время бывали браки cum manu (мужъ былъ полновластнымъ распорядителемъ всего семейнаго имущества), замѣчаетъ, что о дотальной системѣ тогда нечего было и говорить; но, вѣроятно, отецъ не обходился безъ обезпеченiя дочери и это обезпеченiе совершалось въ формѣ peculium a patre profectum (въ которомъ видятъ зародышъ дотальной системы)[2]).

---

[1]) Говоря это, Мэнъ, по всей вѣроятности, имѣлъ въ виду свѣдѣнiя изъ римской классической литературы, только что нами упомянутыя. *Leist*, Graeco—ital. Rgesch., p. 75 ff.: въ Аѳинахъ и въ Римѣ было правило, по которому дядя и отецъ должны были снабжать внуку и дочь приданымъ. Съ этимъ правиломъ, извѣстнымъ еще веддiйскому народу, связанъ вопросъ о наслѣдованiи дочерей (p. 77); онѣ наслѣдовали вмѣстѣ съ нисходящими мужскаго пола.

[2]) *Kuntze*, Cursus, § 779.—*Czyhlarz*, Das röm. Dotalrecht, 1870 г., p. 1: дотальная система развилась благодаря юриспруденцiи, а никакъ не законодательству. И только когда она упрочилась, явились законодательныя опредѣленiя. Древнѣйшему времени была извѣстна фактическая реституцiя приданаго со стороны мужа (p. 33). Тоже *Bechmann*,

Digitized by Google

На томъ-же основаніи, по которому дочь наслѣдовала, имѣла право наслѣдованія и подвластная внука-агнатка (neptis ex filio) въ случаѣ, когда ея отецъ (сынъ наслѣдодателя) въ живыхъ не былъ или былъ одинъ выдѣленъ изъ семьи [1]).

в) *Наслѣдованіе жены.* Жена въ патріархальной семьѣ занимала filiae locum. Въ силу того, что suus heres былъ heres domesticus, жена также, по сообщенію римскихъ юристовъ, наслѣдовала въ разрядѣ sui heredes [2]). Полагать надо, жена была наслѣдницей лишь тогда, когда другихъ домашнихъ наслѣдниковъ (нисходящихъ мужскаго и женскаго пола) не было. Вотъ, почему:

α) Павелъ сообщаетъ, что на первомъ мѣстѣ изъ «своихъ наслѣдниковъ» стояли дѣти; за ними слѣдовали внуки [3]). О женѣ Павелъ ничего не говоритъ, но такъ какъ первыя два мѣста были заняты, ей оставалось слѣдующее мѣсто.

β) Ульпіанъ называетъ жену и адоптированнаго сына sui heredes *non naturales* [4]). По всей вѣроятности, онъ противополаетъ имъ sui heredes naturales, къ которымъ относятся естественныя дѣти и внучата. Adoptio практикуется ради того, чтобы имѣть дѣтей, слѣдовательно,

---

Das röm. Dotalrecht, p. 33: характеру римской древности противорѣчитъ то обстоятельство, что женщина при выходѣ замужъ не приноситъ мужу приданаго.

1) Fr. 1 § 6 D. 38. 16. Non minus autem neptes, quam nepotes succedent in locum parentum.

2) Ulp,. 22, 14: Item uxor quae in manu est. Gai, 3, 3: uxor quoque, quae in manu ejus (qui moriatur, matrimonii causa) est, ei sua heres est, filiae loco est.

3) Paul, 4, 8, 4: sui heredes sunt hi: *primo loco* filius filiave . . ., Paul, 4, 4, 8: *post filios* filias intestatorum successionem inter suos veniunt nepotes neptes . . .

4) Ulp., 29, 1:—Et suus heres ei (liberto) sit, quamquam *non naturalis*, sed uxor puta quae in manu fuit vel adoptivus filius.

Digitized by Google

большею частью тогда, когда нѣтъ дѣтей. Вотъ за неимѣніемъ нисходящихъ и наслѣдуютъ sui heredes non naturales, причемъ filius adoptivus, стоящій рядомъ съ filius naturalis (тотъ-же Ульпіанъ, 22, 14: liberi... tam naturales, quam adoptivi), имѣетъ, конечно, преимущество предъ uxor in manu.

γ) По ближайшей дифференціаціи «своихъ наслѣдниковъ» (въ преторскомъ эдиктѣ) uxor заняла послѣднее мѣсто (4-й классъ: unde vir et uxor).

Послѣдовательно придерживаясь признака принадлежности sui heredis къ семьѣ наслѣдодателя, римскіе юристы сообщаютъ намъ, что не только жена наслѣдодателя, но и жена сына (nurus—сноха), не состоявшаго подъ властью patrisfamilias при смерти его, признавалась sua heres, ибо была neptis loco. Тоже юристы говорятъ о женѣ внука наслѣдодателя [1]).

г) *Наслѣдованіе постумовъ*, т. е. дѣтей, рожденныхъ по смерти наслѣдодателя, относятъ римскіе юристы также къ разряду sui heredes; отъ постумовъ, разумѣется, требуется, чтобы они были зачаты отъ наслѣдодателя, родились не позже 10 мѣсяцевъ по смерти его. И они наслѣдуютъ потому, что если-бы родились при жизни отца, находились-бы подъ властью его [2]).

---

[1]) Gai, 3, 3: item nurus, quae in filii manum (matrimonii causa) est, nam haec neptis loco est; sed ita demum erit sua heres, si filius, cujus in manu est, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Idemque dicemus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est. — Idem Ulpianus, 22, 14. — *Schilling* (Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte von Hugo, 1829 г., p. 82) напрасно упрекаетъ римскихъ юристовъ, что они въ этомъ случаѣ давали suus heres слишкомъ широкое, ему несвойственоое значеніе; вѣдь, наслѣдованіе жены, снохи и т. д. совершалось въ силу того, что suus heres былъ heres domesticus.

[2]) Gai, 3, 4: postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.—Ulpian., 22, 15: postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt.

Digitized by Google

Вопросъ о томъ, наслѣдовали-ли постумы lege ipsa, по предписанію самаго закона XII таблицъ, или по почину mediae jurisprudentiae,—не можетъ быть разрѣшенъ окончательно, такъ какъ позднѣйшіе (классическіе) юристы противорѣчатъ другъ другу, а другихъ данныхъ для рѣшенія вопроса не имѣется.

Сопоставимъ эти противорѣчивыя свѣдѣнія.

Iulianus (fr. 6 D. 38. 16): *lex duodecim tabularum* eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, *in rerum natura* fuerit.	*Ulpianus* (fr. 3 § 9. D. 38. 16): utique et *ex lege duodecim tabularum* ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuerit, admittitur, si fuerit editus.

Господствующая доктрина, опираясь на приведенныя слова Юліана, полагаетъ, что наслѣдованіе постумовъ было установлено интерпретаціей, а законъ XII таблицъ не призывалъ постумовъ къ наслѣдованію, ибо по закону наслѣдникъ долженъ былъ быть in rerum natura, уже рожденнымъ при жизни наслѣдодателя. Свидѣтельство Ульпіана тому не противорѣчитъ, благо его выраженіе: ex lege XII tabularum можетъ относиться и къ самому предписанію закона и къ толкованію его (см. выше, стр. 161 пр. 2 [1]).

Съ другой стороны, со словъ тѣхъ-же юристовъ можетъ возникнуть противоположная доктрина, если толковать буквально помянутыя слова Ульпіана ex lege etc.: по закону XII таблицъ постумъ допускается къ наслѣдованію вещей [2]). Неясное-же выраженіе Юліана (in

---

[1]) *Griesinger*, l. c., 227—236; *Glück*, l. c., p. 190, 198; *Schirmer*, l. c., § 4 not. 3, § 10 not. 13. У Глюка и Ширмера указаны и другіе адепты господствующей доктрины. Добавочные аргументы Гризингера ничего новаго не говорятъ ни за, ни противъ доктрины.

[2]) Новѣйшіе реставраторы текста XII таблицъ словамъ древнихъ писателей ex lege XII tabularum придаютъ буквальное значеніе. См. Voigt, Die XII Tafeln, I, p. 707, нота подъ текстомъ IV, 8a.

Digitized by Google

rerum natura—въ природѣ вещей) не исключаетъ постума отъ наслѣдованія, ибо въ слѣдующемъ фрагментѣ (fr. 7 D. 38. 16) Цельзъ какъ-бы дѣлаетъ добавку (по распорядку фрагментовъ редакторами дигестъ) къ словамъ Юліана: conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.

Вслѣдствіе такого разнорѣчія источниковъ вопросъ о наслѣдованіи постумовъ lege ipsa остается открытымъ.

Говоря о постумахъ, римскіе юристы причисляютъ также къ sui heredes тѣхъ дѣтей, которыя получаютъ право быть sui heredes, благодаря *causae probatio*, по смерти ихъ отца [1]). Подъ именемъ causae probatio разумѣется въ нѣкоторыхъ случаяхъ признаніе законнымъ (connubium) сожительства двухъ лицъ, изъ которыхъ одно или оба не были римскими гражданами. Извѣстны два случая: во-первыхъ, *erroris* causae probatio [2]), когда кто-либо по невѣдѣнію выдаетъ себя за лицо низшаго сословія или по ошибкѣ вступаетъ въ сожительство съ лицомъ низшаго сословія [3]). Во-вторыхъ, causae probatio *ex lege Aelia Sentia*: вольноотпущенники ex lege Aelia Sentia, вступившіе въ бракъ хотя-бы съ римскими гражданами при 7 полноправныхъ свидѣтеляхъ, прживши годовалаго ребенка (anniculus), получаютъ право у магистрата добиваться римскаго гражданства [4]). Въ обоихъ случаяхъ, если живъ отецъ, онъ самъ старается

---

[1]) Gai, 3, 5: Idem juris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto post mortem patris causa probatur. Paul, 4, 8, 7: post mortem patris natus . . . . cujusve causa probata, licet non fuerint in potestate, sui tamen patri heredes efficiuntur.

[2]) На основаніи одного сенатскаго постановленія, изданіе котораго Гансъ (Scholien zum Gaius, p. 124) относитъ къ началу императорскаго періода.

[3]) Gai, 1, 67, ff.

[4]) Gai, 1, 29—32.

Digitized by Google

causam probare; умеръ отецъ—уполномочены тоже продѣлать мать и дѣти [1]).

Мы разсмотрѣли тѣ существенныя свѣдѣнія, почерпнутыя изъ догмы римской юриспруденціи, по которымъ можно было судить, въ какомъ положеніи находился вопросъ о субъектахъ наслѣдованія въ эпоху XII таблицъ. Подробно слѣдить за дальнѣйшей модификаціей этого вопроса не входитъ въ нашу программу изслѣдованія. Не мѣшаетъ развѣ сдѣлать одно замѣчаніе: не смотря на значительное усовершествованіе порядка наслѣдованія по преторскому эдикту и по знаменитой новеллѣ 118, старинное понятіе о suus heres пребывало неизмѣннымъ. Ближайшіе наслѣдники, не отдѣленные отъ семьи наслѣдодателя, продолжали именовать себя sui heredes; спорные вопросы между ними по этому поводу разрѣшали responsa prudentium и constitutiones principum [2]), а дѣло претора было приноровить старинное понятіе о suus heres къ созданному имъ порядку наслѣдованія [3]).

И такъ, сообщенія римскихъ юристовъ даютъ воз-

---

[1]) Gai, 1, 32. Подробнѣе causae probationes разсматриваетъ г. *Загурскій*, ученіе о законнорожденности и незаконнорожденности по римскому праву. (Записки Харьковскаго университета, 1880 г., II, стр. 185 и слѣд.).

[2]) Гризингеръ старательно собралъ всѣ responsa prudentium и constitutiones principum (l. c., pp. 216—300).

[3]) Гризингеръ различаетъ 3 періода въ развитіи «суитета» послѣ XII таблицъ: 1) до императоровъ—время *законодательной* интерпретаціи, 2) отъ Августа до Александра Севера и 3) отъ А. Севера до Юстиніана. Второй и третій періоды не имѣютъ характерныхъ особенностей, слѣдовательно, въ нихъ нѣтъ нужды. Вотъ, если-бы авторъ принялъ во вниманіе отношеніе bonorum possessio къ первому разряду наслѣдниковъ по XII таблицамъ, то получилась-бы иная, болѣе цѣлесообразная періодизація. Но детальная разработка этого отношенія составилабы новое солидное изслѣдованіе, такъ какъ самая постановка bonorum possessio въ литературѣ крайне спорна.

Digitized by Google

можность предполагать, что въ эпоху XII таблицъ къ sui heredes относились всѣ домочадцы, *непосредственно* подчиненные домовладыкѣ [1]), изъ нихъ агнаты стояли на первомъ планѣ, а буде агнатовъ не было, наслѣдство получала жена наслѣдодателя, сноха его и т. д. Касательно постумовъ вопросъ остается нерѣшеннымъ; можетъ быть, они наслѣдовали тоже ipsa lege, быть можетъ—по иниціативѣ mediae jurisprudentiae.

Далѣе, скажемъ нѣсколько словъ объ объектѣ наслѣдованія.

IV. *Объектъ наслѣдованія*—res familiaris [2]) или, короче говоря, familia. Съ точки зрѣнія современнаго подраздѣленія имущества, сюда относилось движимое и недвижимое имущество. Понятіе о правѣ собственности на движимое имущество еще предки римлянъ знали искони вѣковъ; теперь такое понятіе подмѣчается даже у самыхъ неразвитыхъ изъ дикарей. Недвижимое-же имущество, какъ мы видѣли, называлось heredium — родовое имущество — то, что получалъ heres, именно suus heres. То была пахатная земля въ размѣрѣ двухъ югеровъ, bina jugera [3]).

Фойхтъ называетъ IV вѣкъ (и. с.) земледѣльческимъ періодомъ; въ то время кочевой образъ жизни уже болѣе неизвѣстенъ былъ римлянамъ, а промышленный періодъ еще не наступилъ; граждане были земледѣльцами, мелкими помѣщиками (Kleingutbesitzer) [4]). Однако, по

---

[1]) *Mühlenbruch*, Glück-Commentar. Bd. XXXVI, § 1421 h., p. 143.

[2]) *Danz*, Lehrbuch, II, p. 92 ff.

[3]) Иначе heredia называются nomina, потому что assignatio agrorum происходила nominibus, на имя отдѣльныхъ семей. *Siculus Flaccus* говоритъ (по изданію Лахмана, p. 154): divisi et assignati agri non unius sunt conditionis; nam et dividuntur sine assignatione, et redduntur sine divisione; dividuntur ergo agri limitibus institutis per centurias, assignantia viritim *nominibus*. См. Danz, ibid., not. 14.

[4]) *Voigt*, XII Tafeln, I, p. 17 ff. Тутъ у Фойхта помѣщена любопытная проблематическая оцѣнка земли, домашнихъ животныхъ и т. д.

Digitized by Google

вѣрному замѣчанію Лавеле [1]), двухъ югеровъ земли едва-ли хватало на прокормленіе всей семьи. Другое средство удовлетворенія потребностей находили въ ager publicus, постепенно разроставшемся благодаря завоеваніямъ. Нѣсколько семей поселившихся на одной территоріи и обладавшихъ heredia въ отдѣльности и ager publicus сообща, образуютъ pagus или vicus; совокупность послѣднихъ есть populus или civitas.

Сравнительное изслѣдованіе приводитъ ученыхъ къ слѣдующему предположенію объ эволюціи начальнаго права собственности [2]). Пока первобытный человѣкъ достаетъ средства существованія на охотѣ, рыбной ловлѣ, собираетъ дико растущіе плоды, онъ не думаетъ о присвоеніи земли; онъ считаетъ своими только тѣ продукты, которые достаетъ своею рукою. Далѣе, когда люди обзаводятся домашними животными, извѣстное пространство земли, необходимое для пастбища, становится достояніемъ опредѣленной группы людей (трибы, общины). Затѣмъ, мало-по-малу принимаются и за обработку земли; пахатную землю дѣлятъ на участки, которые остаются за патріархальными семьями на правѣ поочереднаго пользованія (русская деревня) или на полномъ правѣ собственности (германская марка); лѣса-же и пастбища по прежнему эксплоатируются сообща [3]).

Древне-римская община подходила къ послѣднему

---

[1]) *Laveleye*, De la propriété et ses formes primitives, 2-me édition, p. 148.

[2]) Ibid., Chap. 1: Evolution de la propieté foncière.

[3]) Недавно *Dargun*, вопреки господствующей гипотезѣ (въ статьѣ Ursprung und Entwikelungsgechichte des Eigenthums, Zeitschr. f. vgl. Rechtswis., V, 1 — 115) утверждалъ, что первобытнымъ людямъ свойственно даже понятіе объ индивидуальной недвижимой собственности. *Post* (Cenbralblatt für Rechtswis., III, 10 p. 391) подмѣтилъ за Даргуномъ объясненіе стародавнихъ институтовъ съ точки зрѣнія новѣйшихъ понятій.

Digitized by Google

типу, ибо heredia — наслѣдственные участки пахатной земли, а ager publicus — въ общемъ пользованіи. Надо полагать, compascuus ager, о которомъ упоминаютъ древніе писатели (общественные выгоны—relictus ad pascendum communiter vicinis)[1]) есть ничто иное, какъ ager publicus.

Въ такомъ видѣ частная и коллективная собственность существовали еще задолго до XII таблицъ (Ромулу преданіе приписываетъ раздѣлъ территоріи на участки въ 2 югера). Ко времени децемвиральнаго кодекса принципъ частной собственности былъ прочно установленъ; идея индивидуализма кроется въ извѣстномъ положеніи: uti lingua nuncupassit, ita jus esto. И тѣмъ не менѣе слѣды коллективной собственности долго оставались[2]).

V. *Пріобрѣтеніе наслѣдства.* По позднѣйшему римскому праву различались два момента въ судьбѣ наслѣдства: delatio hereditatis—1-й моментъ, дающій право ближайшему родственнику пріобрѣсти наслѣдство и acquisitio hereditatis—осуществленіе этого права посредствомъ овладѣнія наслѣдствомъ съ разрѣшенія магистрата. Различеніе двухъ моментовъ было вызвано многими соображеніями; одно изъ главныхъ соображеній представляло то обстоятельство, что heres имѣлъ право не принять наслѣдство. Тѣ-же наслѣдники, которые не имѣли

---

[1]) Danz, l. c., I, § 18, p. 28.

[2]) *Муромцевъ*, Гражданское право, стр. 50, обращаетъ вниманіе на упорство, съ которымъ отстаивали свои владѣнія во время аграрныхъ волненій сидѣвшіе на общественной землѣ и на легкость перехода владѣнія въ полную собственность. Этотъ фактъ, замѣчаетъ онъ, показываетъ, что ager publicus былъ не государственная собственность въ современномъ смыслѣ, но та общественная земля, на которой первоначальнымъ хозяиномъ была только община и которая потомъ, съ паденіемъ общиннаго быта, стала присвоиваться частными лицами.—Другія мнѣнія (напримѣръ, Фюстель-де-Куланжъ, La cité antique, p. 63: Римъ издревле зналъ только частную собственность) оспорены Laveleye, l. c., chap. IX.

Digitized by Google

возможности отказаться отъ наслѣдства,—такъ называемые heredes accessarii — не нуждались въ особомъ актѣ вступленія въ наслѣдство. Sui heredes были heredes necessarii. Поэтому, они пріобрѣтали hereditas ipso jure, въ моментъ delatio hereditatis. И съ этого момента за ними признавалось не только право собственности, но говоря словами Іеринга, и наглядное выраженіе его, право владѣнія. На послѣднее обстоятельство обратилъ вниманіе французскій романистъ *Дюбуа* [1]): живя вмѣстѣ съ paterfamilias, домочадцы фактически владѣли его имуществомъ; и по смерти наслѣдодателя владѣніе оставалось за ними (la saisine héréditaire).

Впослѣдствіи, когда преторъ далъ «своимъ наслѣдникамъ» beneficium abstinendi [2]), пріобрѣтеніе наслѣдства стало осуществляться посредствомъ bonorum possessio. Нисходящіе родственники имѣли въ своемъ распоряженіи стодневный срокъ для подачи просьбы о bonorum possessio.

Наслѣдство дѣлилось in stirpes. Это правило, судя по тому, какъ о немъ Гай сообщаетъ (quia placebat, conveniens visum est) [3]) не было установлено lege ipsa, но было выработано римской юриспруденціей. Когда мы займемся анализомъ агнатическаго наслѣдованія, тогда предложимъ съ своей стороны объясненіе, почему агнаты наслѣдовали in capita, а не in stirpes [4]). Вотъ, съ точки зрѣнія этого объясненія, можетъ быть, и среди sui heredes наслѣдовали сначала только наличные родственники одинаковой степени до тѣхъ поръ, пока юриспруденція не стала на сторону поколѣннаго раздѣла наслѣдства.

---

[1]) Nouvelle revue historique de droit, 1880 г., p. 102 etc.

[2]) Gai, 2, 158, 159: sed his (liberis) praetor permittit abstinere se ab hereditate. Idem juris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est.

[3]) Gai, 3, 8.

[4]) См. ниже, стр. 202

Digitized by Google

Наконецъ, интересно взглянуть, какъ разрѣшалась отвѣтственность наслѣдниковъ за долги наслѣдодателя. Дѣло въ томъ, что, вѣдь, пониманіе hereditas, въ смыслѣ одного цѣлаго, вмѣщающаго въ себѣ и активъ и пассивъ наслѣдодателя, сложилось въ позднѣйшемъ правѣ; древнему праву, мало знакомому съ обстракціями, оно не было извѣстно. При томъ-же отвѣтственность по древнимъ обязательствамъ была вполнѣ личною; древній договоръ займа, nexum, возлагалъ личную отвѣтственность; по существу самаго договора наслѣдники должника не обязаны были отвѣчать за долги. При такихъ условіяхъ полагать надо (мнѣніе Pernice), переходъ debita на наслѣдника былъ независимъ отъ пониманія hereditas, въ смыслѣ universitas, а основывался на предписаніи XII таблицъ, по которому на одного наслѣдника долги переходятъ цѣликомъ, а на нѣсколько наслѣдниковъ pro partibus hereditariis [1]).

Второй разрядъ — агнаты.

Въ одной изъ двѣнадцати таблицъ было написано— если человѣкъ, не имѣющій своего наслѣдника, умираетъ безъ завѣщанія, то ему наслѣдуетъ proximus agnatus, ближайшій агнатъ. Большею частью изложеніе агнатиче-

---

[1]) *Pernice*, Labeo, I, p. 331; тутъ-же соотвѣтствующія показанія источниковъ; напримѣръ, l. 26 C. 2. 3; l. f. C. 4, 16.

Въ другомъ мѣстѣ Pernice (см. его рецензію на сочиненіе Биркмейера объ имуществѣ въ юридическомъ смыслѣ, помѣщенную въ kritische Vierteljahrschrift, Bd. XXII, p, 257 ff.) говоритъ, что переходъ долговъ до XII таблицъ представлялъ собою одну нравственную обязанность; о солидарной отвѣтственности наслѣдниковъ, которую выводятъ нѣкоторые романисты (Виндшейдъ и др.) изъ того положенія, что по смерти sui продолжаютъ пребывать въ юридическомъ отношеніи, существовавшемъ еще при жизни patrisfamilias, — о такой отвѣтственности не можетъ быть рѣчи, потому что при жизни наслѣдодатетя ея не было.

Digitized by Google

скаго наслѣдованія и начинается непосредственно съ опредѣленія, какіе родственники подходятъ подъ вторую категорію цивильныхъ наслѣдниковъ. Но прежде чѣмъ приступить къ этому вопросу, мы считаемъ необходимымъ выяснить подробнѣе постановку агнатическаго наслѣдованія въ кодексѣ децемвировъ.

I) *Постановка агнатическаго наслѣдованія.* Еще при обзорѣ эпохи, предшествовавш ей изданію XII таблицъ мы встрѣтились съ нѣкоторыми романистами (Данцомъ и, др.), которые полагали, что наслѣдованіе агнатовъ, имѣющее особое прозваніе: legitima hereditas, впервые установлено децемвирами. Тогда мы представили возраженія противъ этого мнѣнія. Теперь намъ предстоитъ изслѣдовать единственную теорію Хельдера коснувшуюся подробно постановки агнатическаго наслѣдованія; но предварительно выскажемъ наши соображенія по тому-же предмету.

1) *Предлагаемая гипотеза.* Преемство имущества агнатами покойнаго наслѣдодателя не должно было быть новостью для составителей перваго римскаго писаннаго законодательства. Вѣдь, римскій родовой союзъ мы застаемъ уже въ значительно развитомъ видѣ; несомнѣнно, въ немъ господствовала мужская филіація. Намъ приходится не безъ труда, какъ мы видѣли, отыскивать слѣды предшествовавшей женской филіаціи, а агнатическая система и послѣ періода чисто-родоваго еще оставалась въ римскомъ правѣ. И вотъ, коль скоро родство исчислялось исключительно по мужской линіи, то, понятно, что задолго до XII таблицъ агнаты уже принимали участіе въ посмертномъ преемствѣ имущества.

До тѣхъ поръ пока не явился въ началѣ государственнаго періода suus heres, наслѣдовалъ на первомъ планѣ ближайшій агнатъ. Въ то время, подъ ближайшимъ агнатомъ разумѣлись и всѣ тѣ агнаты, которые

Digitized by Google

наслѣдовали впослѣдствіи въ разрядѣ sui heredes; слѣдовательно, сюда относились прежде всего нисходящіе наслѣдодателя. Самая редакція наслѣдованія агнатовъ по XII таблицамъ: agnatus proximus familiam habeto годилась и для наслѣдованія въ родовомъ быту, ибо по римской терминологіи *proximus* is est, cui nemo antecedit [1]), или *proximi* appellatione etiam ille continetur, qui solus est [2]), слово-же familia въ этомъ случаѣ являлось синонимомъ res [3]).

Но, вотъ, нарождается новый разрядъ наслѣдниковъ: sui heredes. Этотъ разрядъ значительно ограничиваетъ агнатическое наслѣдованіе, онъ отнимаетъ нисходящихъ агнатовъ [4]), а остальные агнаты (боковые родственники) по прежнему суть proximi agnati, въ отсутствіе sui heredes.

Децемвиры ограниличись констатированіемъ болѣе широкаго давнишняго порядка наслѣдованія; они оставили его на случай, если исключающее его правило (наслѣдованіе sui heredis) не найдетъ себѣ примѣненія [5]). Въ данномъ случаѣ, какъ и въ предъидущемъ при наслѣдованіи sui heredis, децемвиры руководствовались обычнымъ правомъ.

Приведемъ нѣсколько доводовъ за это предположеніе:

а) Открытіемъ трехъ общихъ историческихъ правилъ

---

[1]) Fr. 92 D. 50. 16.

[2]) Fr. 155 D. 50. 16.

[3]) Fr. 195 § 1 D. 50. 16· *familiae* appellatio — in res (deducitur), utputa in lege duodecim tabularum his verbis: adgnatus proximus familiam habeto. — Мы видѣли, что нѣкоторые романисты (Ферингъ, Röm. Erbr. p. 114) допускаютъ наслѣдованіе агнатовъ въ эпоху до XII таблицъ.

[4]) Fr. 10 § 3 D 38. 10: proximiores ex agnatis sui dicuntur; fr. 12 D. 38. 16: filius patri agnatus protimus est.

[5]) Ulpian., 26, 8: quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus agnatio non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit.

Digitized by Google

наслѣдованія мы обязаны Моргану, а по Моргану, второе правило, наслѣдованіе агнатовъ, оставалось въ силѣ и при новомъ порядкѣ вещей, когда возникло третье правило наслѣдованія, передающее имущество дѣтямъ умершаго собственника [2]). Примѣнительно къ римскому праву выходитъ такъ: proximus agnatus продолжалъ наслѣдовать и послѣ того какъ явился suus heres.

б) Proximus agnatus, стоящій позади suus heres — боковой родственникъ. А какъ узнается агнатическое родство по боковой линіи? Слѣдуетъ принимать въ разсчетъ происхожденіе отъ восходящихъ родственниковъ по мужской линіи; два родные брата — дѣти одного отца, два двоюродные брата—внуки одного дѣда и т. д. На этомъ основаніи можно сказать, что наслѣдуетъ тотъ изъ боковыхъ родственниковъ, который ближе стоитъ къ общему восходящему родственнику.

По догадкѣ Caillemer, аѳинскіе законовѣды считали также степень родства, восходя отъ даннаго лица къ общему родоначальнику, а потомъ, спускаясь отъ него къ тому лицу, степень родства съ которымъ требовалось опредѣлить [3]). Такимъ образомъ, за неимѣніемъ

---

[1]) См. выше, стр. 119.

[2]) *Caillemer*, Le droit de succession legitime à Athènes, pp. 61—83. Воззрѣніе Caillemer принимаетъ Дормидонтовъ; объ отвѣтственности наслѣдниковъ, стр. 136. Вообще, историческій обзоръ греческаго наслѣдованія ab intestato доставляетъ не мало хлопотъ; написать удовлетворительный трактатъ о немъ при современномъ состояніи источниковъ дѣло очень трудное, такъ какъ кромѣ сбивчивыхъ намековъ въ рѣчахъ ораторовъ Изея и Демосѳена никакихъ указаній не имѣется. Да и рѣчи названныхъ ораторовъ знакомятъ скорѣе съ позднѣйшимъ правомъ. На этомъ основаніи, не даромъ говоритъ Мэнъ (Древній законъ, 92), что аѳинское право въ нѣкоторыхъ правилахъ его о боковомъ наслѣдованіи соотвѣтствуетъ скорѣе позднѣйшему, чѣмъ болѣе раннему римскому праву.

Digitized by Google

сына наслѣдство шло къ ближайшему нисходящему отца или дѣда покойнаго наслѣдодателя [1]).

И въ древне-римскомъ и греческомъ родовомъ быту происхожденіе отъ какого-бы то ни было общаго родоначальника, вѣроятно, констатировалось безъ особеннаго труда, потому что родственныя узы въ то время были крѣпкими. Слѣдовательно, и въ то время proximus agnatus могъ быть и нисходящимъ и боковымъ родственникомъ. На это обстоятельство мы обращаемъ вниманіе въ виду нѣкоторыхъ возраженій, съ которыми мы скоро встрѣтимся.

в) Господствующее мнѣніе видитъ въ правилѣ: agnatus proximus familiam habeto—спеціальное регулированіе боковаго наслѣдованія, а по нашему предположенію такого спеціальнаго регулированія не оказывается, ибо новый типъ наслѣдниковъ, sui heredes, включаетъ въ себѣ однихъ нисходящихъ, а старый разрядъ, proximus agnatus, собственно говоря, относится и къ нисходящимъ и къ боковымъ родственникамъ. Какъ-же тутъ быть? Ужь не лучше-ли подъ вторую категорію подвести спеціально боковое наслѣдованіе? Нѣтъ, не лучше; будемъ оправдываться словами Мэна: древнее право, имѣя въ своемъ распоряженіи такъ много фикцій для того, чтобы наслѣдованіе совершалось въ предѣлахъ семьи, мало заботилось о боковомъ наслѣдованіи. А римскому праву издавна были извѣстны такія фикціи: arrogatio, testamentum in comitiis calatis [2]). При этихъ

---

[1]) Отецъ или дѣдъ умершаго собственника наслѣдовали, когда не стало патріархальнаго быта; въ патріархальномъ быту отецъ или дѣдъ не наслѣдуютъ, потому-что, будь они живы, все имущество ихъ нисходящихъ имъ принадлежало-бы.

Въ индусскомъ правѣ также послѣ нисходящихъ умершаго (sui heredes) наслѣдуютъ нисходящіе отца, дѣда умершаго (proximi agnati). См. Дормидонтовъ, l. c., стр. 56.

[2]) Наиболѣе распространенная теорія (Gans, Vering и др.) усматриваетъ въ testamentum in comitiis calatis актъ усыновленія. Къ тому-же

Digitized by Google

условіяхъ децемвиры, не придавая особой важности боковому наслѣдованію, не издали спеціальныхъ правилъ, а удовлетворились старинной краткой формулой: agnatus proximus familiam habeto [1]).

г) Въ нѣкоторыхъ рѣдкихъ случаяхъ наслѣдованія, не выдѣленныхъ въ новую категорію, по прежнему оставался на первомъ планѣ proximus agnatus. Такъ, по смерти женщины ея имущество шло къ proximus agnatus [2]).

д) То обстоятельство, что новыя опредѣленія (новый типъ наслѣдниковъ, sui heredes) уживаются рядомъ со старыми, болѣе широкими положеніями (наслѣдованіе proximi agnati) — явленіе нерѣдкое въ римскомъ правѣ. Какъ на дальнѣйшую аналогію, изъ исторіи того-же наслѣдственнаго права, можно указать на преторскій эдиктъ: въ эдиктѣ на ряду съ новымъ классомъ наслѣдниковъ (unde liberi), отчасти ограничивающимъ прежніе разряды, былъ оставленъ и старый широкій классъ наслѣдниковъ по закону XII таблицъ (unde legitimi).

Предлагаемая гипотеза существенно расходится не только съ голословнымъ распространеннымъ воззрѣніемъ,

---

результату приходятъ изслѣдователи, сравнивавшіе древне-римское testamentum съ древне-греческимъ завѣщаніемъ. См. *Schultin*, Das griechische Testament, pp. 50—60.

[1]) Краткость выраженій свойственна, по замѣчанію Мэна (l. c., стр. 85) и индусскимъ юристамъ; языкъ ихъ тамъ, гдѣ имъ приходится говорить о болѣе отдаленномъ наслѣдованіи, отличается краткостью и неясностью.

[2]) Такова правдоподобная догадка Ширмера, l. c., p. 134. И въ самомъ дѣлѣ, женщины имѣли право собственности, могли получать наслѣдство и т. д. Слѣдовательно, по смерти ихъ оставалось имущество. Кому-же иному шло оно, какъ не ближайшему агнату? Римскіе источники сообщаютъ, что у женщинъ не было «своихъ наслѣдниковъ»; это не значитъ, что у нихъ вовсе не было наслѣдниковъ.

Digitized by Google

по которому во второмъ классѣ цивильныхъ наслѣдниковъ помѣщаются исключительно боковые родственники, но она расходится также съ недавно изложенной гипотезой Хельдера. Остановимся на критикѣ этой гипотезы.

2) *Оцѣнка гипотезы Хельдера.* Вотъ, въ чемъ состоитъ гипотеза Хельдера.

Вообще, наслѣдованіе, по Хельдеру, имѣетъ троякое основаніе [1]): продолженіе собственной индивидуальности (sui heredes), продолженіе собственной воли, признанной всеобщей волею (тестаментъ) и замѣщеніе умершаго посредствомъ воли родственнаго индивида по правомочію, данному всеобщею волею (закономъ). Послѣднее основаніе встрѣчается какъ разъ при наслѣдованіи агнатовъ.

Если нѣтъ suus heres и наслѣдователь не оставилъ духовнаго завѣщанія, то посмертное имущество предоставляется по закону XII таблицъ на волю ближайшаго агната. По своему усмотрѣнію агнатъ рѣшаетъ вопросъ: быть или не быть наслѣдникомъ и если онъ вступаетъ въ наслѣдство, то это означаетъ, что его воля замѣняетъ волю умершаго, а буде онъ не принимаетъ, то оно идетъ или кредиторамъ, или любому гражданину, овладѣвшему наслѣдствомъ (оккупанту). Такимъ образомъ, децемвиры дали правомочіе боковому родственнику по собственному желанію въ отсуствіе sui heredes становиться замѣстителемъ личности умершаго наслѣдователя. Таковъ тезисъ. Что-же въ немъ оригинальнаго? А вотъ, что:

а) Наслѣдованіе sui heredes по XII таблицамъ, говоритъ Хельдеръ, было основано на принципѣ подчиненія отеческой власти (Princip der Parentel), а не на

---

[1]) *Hölder*, Beiträge, pp. 118—128.

Digitized by Google

степени приближенности къ наслѣдователю (Princip der Gradesnähe). Между тѣмъ агнаты призывались къ преемству имущества по степени близости ихъ къ наслѣдователю; они не состояли во власти послѣдняго. Вслѣдствіе этого обстоятельства, чтобы объяснить призывъ агнатовъ къ наслѣдованію, Хельдеръ и выставляетъ помянутый новый тезисъ. Princip der Parentel въ чистомъ видѣ не подходитъ, а если-бы кто вздумалъ путемъ фикціи оправдывать наслѣдованіе агнатовъ по этому принципу, то ему надлежало-бы въ памяти воскресить умершихъ восходящихъ, представить себѣ картину обширной семьи, состоящей подъ главенствомъ общаго покойнаго родоначальника. Да и при этихъ условіяхъ наслѣдованіе proximi agnati не оправдалось-бы. Отчего? Хельдеръ объясняетъ примѣромъ: допустимъ, въ моментъ смерти бездѣтнаго наслѣдодателя былъ въ живыхъ его отецъ; въ такомъ разѣ имущество наслѣдодателя должно было-бы идти по смерти отца къ sui heredes послѣдняго in stirpes, т. е., вмѣстѣ съ оставшимся братомъ наслѣдодателя должны были-бы наслѣдовать еще дѣти ранѣе умершихъ братьевъ. Изъ этого примѣра видно, что по принципу наслѣдованія «своихъ наслѣдниковъ» во второмъ классѣ не наслѣдовалъ-бы буквально одинъ proximus agnatus.

Дѣйствительно, постановка наслѣдованія перваго ранга цивильныхъ наслѣдниковъ не сходится съ постановкой агнатическаго наслѣдованія. И это потому, что то и другое наслѣдованіе сложились, какъ мы видѣли, въ разное время, при различныхъ условіяхъ жизни. Достоинство гипотезы Хельдера въ томъ и состоитъ. что она впервые поставила на видъ помянутое обстоятельство.

Но самое объясненіе наслѣдованія агнатовъ, предложенное Хельдеромъ, едва-ли справедливо. По Хельдеру, suus heres издавна существуетъ, proximus agna-

Digitized by Google

tus началъ наслѣдовать по иниціативѣ децемвировъ: опираясь на всеобщую волю, ближайшій агнатъ былъ управомоченъ своею волею замѣстить волю покойнаго наслѣдодателя. Такъ-ли это? Во первыхъ, нельзя-же предположить, что задолго до XII таблицъ въ родовомъ быту агнаты не наслѣдовали. Во вторыхъ, если даже полагать, что только редакторы перваго римскаго кодекса дали сказанное правомочіе ближайшему агнату; такъ неужели они привели подъ статьей: agnatus proximus familiam habeto — такой мотивъ метафизическаго пошиба, (добровольное замѣщеніе чужой воли [1]), какой приписываетъ имъ Хельдеръ.

По предложенной гипотезѣ, какъ мы видѣли, дѣло объясняется нѣсколько проще. По видимому, въ вышеприведенномъ примѣрѣ Хельдера находится возраженіе противъ этой гипотезы, ибо если вести счетъ родства отъ общаго умершаго родоначальника, фиктивнаго владыки обширной семьи, то окажутся наслѣдниками одинъ братъ и дѣти другаго (покойнаго) брата наслѣдователя, а это противорѣчитъ предписанію XII таблицъ (proximus agnatus — только братъ). Но дѣло, вотъ, въ чемъ. Во первыхъ, примѣръ Хельдера опирается на позднѣйшій Princip der Parentel, безъ котораго обходится предлагаемая гипотеза постановки агнатическаго наслѣдованія. Во вторыхъ, родовому быту какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ принципъ приближенности къ наслѣдодателю (Princip der Gradesnähe), ибо приближенность родственная близко граничитъ со старшинствомъ въ

---

[1]) Вообще, въ древности психическій элементъ въ разсчетъ не принимался. Это видно, напримѣръ изъ того, что на преступленіе не смотрѣли какъ на сознательное и волимое правонарушеніе (современный взглядъ — опредѣленіе проф. *Таганцева*, Курсъ угол. пр., II, стр. 12), а только какъ на вредоносное дѣяніе (*Мэнъ*, Древнее право, глава X).

Digitized by Google

родѣ, а старшинство имѣло, какъ извѣстно, большое значеніе въ тогдашнихъ юридическихъ отношеніяхъ [1]).

б) Ближайшій агнатъ, по Хельдеру, занимаетъ положеніе, отличное отъ положенія sui heredis, ибо онъ имѣетъ право принять и не принять наслѣдство; даже отказъ отъ наслѣдства можно разсматривать отдѣльнымъ актомъ распоряженія имуществомъ. По этой причинѣ, какъ полагаетъ Хельдеръ, была составлена децемвирами иная редакція закона, дарующаго ближайшему агнату право наслѣдованія. Именно, въ XII таблицахъ не было сказано: agnatus proximus heres esto (какъ то дѣлается въ тестаментѣ), а было написано: agnatus proximus familiam habeto. Но это объясненіе редакціи агнатическаго наслѣдованія, по сравненію съ назначеніемъ наслѣдника въ завѣщаніи, не отнимаетъ у proximus agnatus названіе heres, такъ какъ и heres ex testamento имѣлъ право отказаться отъ наслѣдства. Съ точки зрѣнія предложенной гипотезы скорѣе можно объяснить, почему proximus agnatus не называется heres въ XII таблицахъ. Быть можетъ, слово heres въ то время встрѣчалось только у suus heres, а потомъ, когда этимъ словомъ стали обозначать наслѣдника вообще, тогда и боковаго наслѣдника начали называть также heres [2]). А въ XII табли-

---

[1]) *Ф.-де-Куланжъ*, Гражданская община, стр. 103—106, говоритъ о правѣ старшинства въ родовой жизни: отъ этой давней старины не осталось, да и не могло остаться никакого письменнаго памятника; но слѣдъ законовъ, управлявшихъ тогда людьми, можно открыть въ правѣ эпохъ позднѣйшихъ; отъ позднѣйшихъ временъ сохранились указанія на древнее старшинство въ правѣ индусскомъ и греческомъ. Въ Римѣ мы не встрѣчаемъ ни одного закона относительно права старшинства, но отсюда неслѣдуетъ, что оно было неизвѣстно въ древней Италіи; авторъ усматриваетъ его въ нѣкоторыхъ позднѣйшихъ явленіяхъ.—Право старшинства на ранней стадіи развитія наслѣдственнаго права замѣчается во многихъ мѣстахъ. См. *Post*, Grundlagen, 291.

[2]) Gai, 3, 9: *hereditas* pertinet ex eadem lege XII tab. ad agnatos.

Digitized by Google

цахъ могла сохраниться старинная формула, она была таковою и въ родовомъ быту (когда наслѣдника, можетъ быть, не называли еще словомъ heres).

в) Совершенно справедливо замѣчаетъ Хельдеръ, что если придерживаться распространеннаго воззрѣнія, будто-бы второй разрядъ цивильныхъ наслѣдниковъ представляетъ собою, такъ сказать, расширеніе круга родственниковъ наслѣдователя призываемыхъ къ преемству имущества, по тому-же принципу, по которому наслѣдуютъ sui heredes, то нельзя объяснить извѣстное положеніе: in legitimis hereditatibus successio non est, равно какъ и in jure cessio hereditatis. Во второй части изслѣдованія эпохи XII таблицъ, при синтезѣ наслѣдниковъ, мы будемъ подробно говорить о приведенномъ положеніи и объ in jure cessio hereditatis. Тамъ мы увидимъ, какое изъ многочисленныхъ объясненій того и другого понятія можно признать наиболѣе подходящимъ.

3) *Критическая замѣтка Шерля* была написана по поводу изложенной гипотезы Хельдера[1]). Шерль, главнымъ образомъ, сосредоточилъ свое вниманіе на томъ обстоятельствѣ, что по гипотезѣ Хельдера ближайшій агнатъ предупреждаетъ переходъ наслѣдства въ руки кредиторовъ наслѣдователя. Вѣдь, если agnatus proximus не возьметъ наслѣдства, то кредиторы имѣютъ право забрать его въ свои руки. Вотъ, это обстоятельство Шерль и предлагаетъ считать мотивомъ установленія агнатическаго наслѣдованія по XII таблицамъ.

Но предполагая даже, что агнатическое наслѣдованіе возникло благодаря децемвирамъ, все-таки нельзя признать помянутое обстоятельство за мотивъ установленія наслѣдованія, потому что долгъ по наслѣдству не

---

[1]) Kritische vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, neue Folge, Bd. V, pp. 193 ff.

Digitized by Google

есть необходимый элементъ какого-бы то ни было (слѣдовательно и боковаго) наслѣдованія. Нельзя также судить въ данномъ случаѣ о долгахъ «земнымъ» кредиторамъ по аналогіи съ «небесными кредиторами» (т. е. жрецами, которымъ платили sacra), потому что сакральныя пошлины лежали на всякомъ наслѣдствѣ, да и кредиторы этого рода слишкомъ были могущественны по сравненію съ земными заимодавцами.

На основаніи всего сказаннаго о постановкѣ агнатическаго наслѣдованія имѣются шансы полагать, что proximus agnatus двѣнадцати таблицъ представляетъ собою стариннаго ближайшаго агната, наслѣдника въ эпоху родоваго быта.

Далѣе, остановимся на вопросѣ, какіе родственники наслѣдователя назывались proximi agnati по XII таблицамъ.

II. *Кто былъ proximus agnatus* по XII таблицамъ? Такъ какъ proximus agnatus призывался къ наслѣдованію только въ томъ случаѣ, когда не было вовсе sui heredes, т. е. нисходящихъ домочадцевъ, а восходящіе родственники не наслѣдовали, ибо, будь они живы, въ ихъ рукахъ находилось-бы патріархальное главенство, то, очевидно, ближайшій агнатъ былъ родственникомъ наслѣдователя не по прямой, а по боковой линіи; то былъ боковой родственникъ [1]).

---

[1]) По *Фойхту* (Die XII Tafeln, II, p. 390) слово agnatus древнѣйшаго права имѣло троякое значеніе: 1) въ отличіе отъ sui heredes—боковой родственникъ. Папиніанъ въ fr. 7 pr. D. 38, 6, говоритъ: si (внукъ при жизни отца) non suus heres est, quo jure heres erit, qui sine dubio non est agnatus, 2) въ отличіе отъ гентиловъ—боковые родственники до 6-й степени (ограниченіе позднѣйшее, по преторскому эдикту) и 3) не только родственники боковые, но и занимающіе ихъ мѣсто: мать, бывшая filiae loco, по отношенію къ нисходящимъ. Гай, 3, 14: sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per manum conventionem apud patrem nostrum jura filiae consecuta est.

Digitized by Google

Боковые родственники мужескаго пола не знали никакихъ ограниченій; самые отдаленные изъ нихъ наслѣдовали. И юриспруденція римская ничего противъ этого не имѣла. Иное дѣло—женщины агнатки; вопросъ о наслѣдованіи боковыхъ родственницъ заслуживаетъ особаго вниманія.

1) *Наслѣдованіе женщинъ.* По самому кодексу децемвировъ боковые родственницы не были ограничены въ правахъ наслѣдованія; юристъ Павелъ [1]) и императоръ Юстиніанъ [2]) сообщаютъ, что lex XII tabularum не давала преимущества одному полу предъ другимъ.

Вопреки явному показанію источниковъ, Фюстель-де Куланжъ [3]) вовсе не даетъ права наслѣдованія боковымъ родственницамъ по тѣмъ-же доводамъ, по которымъ у него женщины не наслѣдуютъ въ разрядѣ sui heredes. Противъ этихъ доводовъ въ данномъ случаѣ умѣстны возраженія, представленныя нами въ своемъ мѣстѣ [4]).

Такимъ образомъ, нѣтъ основанія сомнѣваться, были или не были женщины-агнатки наслѣдницами по закону XII таблицъ. Ограниченіе наслѣдственныхъ правъ женщинъ явилось послѣ XII таблицъ по поводу, который юристы римскіе называли ratio Voconiana. Что-же это такое ratio Voconiana.

Ratio Voconiana — выраженіе, которое встрѣчается только въ сентенціяхъ Павла (IV, 8, 22): feminae ad

---

[1]) Paul., 4, 8, 20: ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit.

[2]) 53 Iust. 3. 2: lex XII tabularum,—simili modo omnes agnatos sive masculos, sive feminas cujuscunque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat.

[3]) Ф-де Куланжъ, l. c. стр. 98 и слѣд.

[4]) См. выше, стр. 156 и др.

Digitized by Google

hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili *Voconiana ratione* videtur effectum. Названіе ratio Voconiana, очевидно, находится въ причинной связи съ lex Voconia, которая также регламентировала наслѣдованіе женщинъ. Вотъ для того, чтобы уяснить собѣ названіе ratio Voconiana, не мѣшаетъ предварительно сказать нѣсколько словъ о самой lex Voconia. Этотъ законъ интересовалъ многихъ романистовъ; у насъ подъ руками имѣются двѣ рѣчи объ этомъ законѣ знаменитыхъ романистовъ: Савиньи и Вангерова.

Законъ Воконія, изданный въ 585 году (u. c.) имѣлъ двоякое содержаніе: съ одной стороны онъ былъ направленъ на устраненіе коллизіи между наслѣдникомъ и легатаріемъ, а съ другой стороны онъ имѣлъ въ виду ограничить наслѣдственныя права женщинъ. Зачѣмъ-же, спрашивается, понадобилось такое ограниченіе? По словамъ Вангерова [1]), разсматриваемый законъ былъ изданъ съ цѣлью помѣшать женщинамъ безвозмезднымъ путемъ стяжать себѣ богатое состояніе. Дѣло въ томъ, что до VI вѣка римлянки, состоя propter animi levitatem подъ вѣчной опекой своихъ мужей и агнатовъ, не были въ состояніи распоряжаться собственнымъ имуществомъ. Въ шестомъ-же вѣкѣ подъ вліяніемъ греческой культуры и иныхъ условій настала эманципація женщинъ: браки заключали sine manu, опеки агнатовъ избѣгали. Въ это время состоятельная римлянка, сдѣлавшись вполнѣ независимою, стала нерѣдко легкомысленно расточать свое достояніе; богатая матрона не давала денегъ мужу. Обидно было многимъ римлянамъ, — особенно тѣмъ изъ нихъ, которые строго стояли за прежніе нравы (напримѣръ, извѣстному пуританину Катону), — видѣть, какъ ихъ дочери и жены или родственницы безъ ихъ вѣдома

---

[1]) *Wangerow*, Uber die lex Voconia, ein Vortrag, 1863 г., pp. 5—8.

Digitized by Google

распоряжались своимъ капиталомъ. По настоянію партіи недовольныхъ слѣдуетъ рядъ мѣропріятій, регламентирующихъ имущественное положеніе женщины [1]). Одно изъ такихъ мѣропріятій представляетъ собою lex Voconia, запретившая женщинамъ наслѣдовать по завѣщанію состоятельныхъ римлянъ.

О наслѣдованіи женщинъ безъ завѣщанія законъ Воконія ничего не говорилъ [2]); боковыя родственницы были ограничены въ правахъ наслѣдованія не самимъ lex Voconia, а ratione Voconiana, т. е., по тѣмъ-же соображеніямъ, которыя вызвали на свѣтъ lex Voconia [3]).

Когда ratio Voconiana ограничила женщинъ въ боковомъ наслѣдованіи — неизвѣстно. Существуютъ предположенія троякаго рода. Во-первыхъ, нѣкоторые (Циммерманъ, Шрадеръ) [4]), думаютъ, что ratio Voconiana представляетъ собою древнѣйшій принципъ римскаго права существовавшій еще до XII таблицъ. Однако все то, что намъ извѣстно о наслѣдованіи женщинъ по закону децемвировъ, свидѣтельствуетъ противъ сказаннаго предположенія [5]) Во-вторыхъ, значительное большинство романистовъ (Савиньи, Ейлеръ, Вальтеръ, Шир-

---

[1]) Такъ, въ 539 году lex Oppia (отмѣненный чрезъ 20 лѣтъ) запрещалъ женщинамъ имѣть при себѣ plus semunciam auri и т. д. См. Vangerow, l. c. not. 10.

[2]) Благодаря *Куяцію*, долго держалось предположеніе, будто lex Voconia ограничивала всякаго рода наслѣдованіе женщинъ. Коньектура Куяція (Interpr. ad. Paul, IV, 8, 22). опиралась на иное чтеніе цитованнаго параграфа Павла; вмѣсто Voconiana ratione, Куяцій читалъ Voconiana rogatione. Тоже чтеніе было въ изданіи Блуме; его придерживался еще *Kind*, de lege Voconia, §§ 49—53.—Contra *Savigny*, lex Voconia, pp. 19 и 20,

[3]) Такой переводъ даютъ этимъ словамъ почти всѣ романисты, касавшіеся интересующаго насъ вопроса.

[4]) По цитатѣ Ширмера изъ его Handbuch, p. 137, not. 35.

[5]) См. выше, стр.

Digitized by Google

меръ, Пухта[1]) и др.) полагаетъ, что ratio Voconiana могла руководить юристами римскими послѣ изданія закона Воконія, она-же могла проявиться и ранѣе этого закона, но позже изданія XII таблицъ. Предположеніе самое широкое; если переводить слова *ratio* Voconiana — *соображеніе*, вызвавшее законъ Воконія, то возражать противъ даннаго предположенія не приходится [2]). Въ-третьихъ, наиболѣе точнымъ намъ кажется переводъ Мюленбруха [3]): Voconiana ratione - ratione legis Voconiae. По мнѣнію Мюленбруха, римская юриспруденція не отняла права наслѣдованія отъ ближайшихъ боковыхъ родственницъ, а лишила этого права только дальнѣйшихъ родственницъ, согласно ratio legis Voconiae: пріобрѣтеніе большаго капитала наслѣдственнымъ путемъ не должно было быть совсѣмъ отнято отъ женщинъ, а лишь поставлено въ извѣстныя границы. Такимъ образомъ, вѣроятнѣе всего, дальнія родственницы наслѣдодателя потеряли право наслѣдованія въ VI вѣкѣ, какъ разъ въ то время, когда стали ограничивать въ имущественныхъ

---

[1]) Пухта говоритъ (Cursus der Inst. § 304): Frauenspersonen werden nicht berufen ultra consanguinitatis gradum, höchst wahrscheinlich *schon nach* den XII Tafeln.

[2]) Только попытки найти болѣе положительные аргументы слѣдуетъ признать безуспѣшными. Такъ, *Ейлеръ* (Euler, Ueber die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bei den Römern,—этюдъ, помѣщенный въ видѣ приложенія къ сочиненію Burchardi, Grundzügen des Rechtssystems der Römer, 1822, p. 305), приводитъ крайне неопредѣленный аргументъ, замѣчая, что у римлянъ нелегко происходилъ переходъ отъ наслѣдованія ex testamento къ наслѣдованію ab intestato. Точно также нельзя не признать *вольнымъ* переводъ словъ (помянутаго фрагмента Павла), предложенный Савиньи (Lex Voconia, p. 19): *jure civili* Voconiana ratione videtur effectum—ограниченіе наслѣдственныхъ правъ женщинъ произошло *по обычному праву* и т. д.

[3]) *Mühlenbruch*, Glück Pandecten-Commentar, Bd. 39, p, 228.

Digitized by Google

правахъ женщину, только что выходившую изъ подъ manus mariti и tutela agnatorum perpetua [1]).

Согласно всему сказанному, ratio Voconiana требовала, чтобы женщины не обогащались посредствомъ наслѣдованія. Однако ограниченіе Voconiana ratione идетъ только ultra consanguineas, т. е., боковыхъ родственницъ, имѣющихъ общаго родителя. Спрашивается: почему-же sorores consanguineae, родныя сестры наслѣдодателя, сохранили за собою права наслѣдованія [2])? На сколько намъ извѣстно, этотъ вопросъ былъ недавно лишь затронутъ Хельдеромъ и, повидимому, разрѣшенъ имъ удовлетворительно путемъ аналогіи, проведенной между lex Voconia и матеріальными ограниченіями свободы завѣщаній [3]). Дѣло въ томъ, что еще задолго до lex Vo-

---

[1]) Юстиніанъ замѣчаетъ (§ 3 Inst. 3. 2): quod ideo ita constitutum erat, quia *commodius* (для мужчинъ выгоднѣе) videbatur ita jura constitui, ut *plerumque* hereditates ad masculos confluerent.

[2]) Ulpiani fragm., 26, 6: ad feminas ultra consauguineorum gradum legitima hereditas non pertinet; itaque soror fratri sororive legitima herea fit. Тоже въ § 3 Inst. 3. 2. quod ad feminas vero ita placebat ut ipsae consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant.

[3]) *Hölder*, Beiträge, p. 112 ff. Обыкновенно довольствовались объясненіемъ, почему вообще женщины были ограничены въ наслѣдственныхъ правахъ, причемъ нѣкоторые писатели и тутъ забывали, что ограниченіе произошло ratione Voconiana. Напримѣръ, *Глюкъ*, l. c., p. 220, признающій невѣрнымъ объясненіе Θеоѳила (Paraph. graec. ad § 3 Inst. 3. 2), будто-бы мужчины имѣли преимущество предъ женщинами, потому что они полезнѣе государству (служатъ въ войскѣ, состоятъ на государственной службѣ)—Глюкъ устраняетъ женщинъ отъ наслѣдованія на томъ основаніи, что онѣ могутъ передать родовое имущество въ чужія фамиліи; потому-то, замѣчаетъ Глюкъ, и когнаты не наслѣдовали. Но, во-первыхъ, когнаты въ эпоту XII таблицъ не наслѣдовали, ибо общепризнанной системой родства тогда было агнатство. Во-вторыхъ, объясненіе Глюка не согласуется съ разсмотрѣнной нами ratio Voconiana.

Digitized by Google

сонія ближайшіе родственники (нисходящіе, впослѣдствіи восходящіе, и изъ боковыхъ consanguinei, но не uterini) имѣли право обращаться съ жалобой въ judicium centumvirale на обходъ (praeteritio) ихъ въ завѣщаніи; со временемъ, благодаря судебной практикѣ, выработалась указная часть или законная доля для названныхъ родственниковъ, въ качествѣ матеріальнаго ограниченія свободы завѣщаній. Такимъ образомъ, извѣстныя наслѣдственныя права спеціальный судъ всегда безусловно признавалъ за родными братьями и сестрами наслѣдодателя при изданіи закона Воконія, равно какъ и въ эпоху ограниченія наслѣдованія женщинъ ratione Voconiana. Въ эту-же эпоху и римская юриспруденція, распространяя ratio Voconiana на наслѣдованіе ab intestato, встрѣтилась съ упроченными правами родныхъ сестеръ наслѣдодателя и не пошла въ разладъ съ практикой центумвиральнаго суда.

Наконецъ, любопытную компликацію представляетъ вопросъ объ отношеніи ratio Voconiana къ lex Voconia: ratio Voconiana ничего не имѣетъ противъ наслѣдованія дочерей ab intestato, а lex Voconia запрещаетъ богатому отцу назначать дочь наслѣдницей въ завѣщаніи. Другими словами, дочь не можетъ быть наслѣдницей по завѣщанію богатаго римлянина [1]), а по закону наслѣдовать ему она право имѣетъ. Такъ оно въ дѣйствительности и было [2]). Вотъ, къ какому странному положенію ведетъ сопоставленіе lex Voconia и ratio Voconiana.

Многіе романисты не хотѣли примириться съ приведеннымъ послѣдствіемъ сопостановки буквы закона и

---

[1]) *Schultz*, ad quaestionem «de jure feminarum defuncto succedendi intestato et ex testamento etc», 1826 г., впервые разсчиталъ, что цензъ завѣщателя согласно lex Voconia не долженъ быть ниже 100000 ассовъ (а не сестерцій).

[2]) *Cicero*, Oratio in Verr, actio II, lib. I, cap. 41.

Digitized by Google

ratio legis. Поэтому, ради избѣжанія такого послѣдствія, они предлагали измѣнить букву закона, эту первую посылку настоящаго силлогизма. Напримѣръ, *Kind* [1]) полагалъ, что lex Voconia отнимала отъ женщинъ все право наслѣдованія ab intestato; только дочери и сестры наслѣдовали въ имуществѣ гражданъ (по цензу менѣе 10000 ассовъ); ихъ законъ Воконія не касался. Далѣе, Гуго [2]) и Савиньи [3]), оспорившіе мнѣніе Кинда, думали, что устраненіе женщинъ отъ преемства по завѣщанію относится только къ тѣмъ изъ нихъ, которыя и безъ того не имѣли права наслѣдованія ab intestato, (дочь адоптированная въ другой семьѣ, вышедшая замужъ). Наконецъ, Вангеровъ принялъ мнѣніе Савиньи съ небольшой модификаціей [4]). — Обо всѣхъ этихъ мнѣніяхъ можно сказать одно: всѣ они суть болѣе или менѣе удачныя измышленія самихъ романистовъ съ цѣлью выйти изъ помянутаго положенія, къ которому приводитъ вопросъ объ отношеніи ratio Voconiana къ lex Voconia. И конечно, они остроумнѣе уловки, сообщенной Цицерономъ: единственная дочь наслѣдуетъ согласно завѣщанію богатаго римлянина (нѣкоего Annius Asellus) по фикціи, будто завѣщатель при жизни не подлежалъ цензу [5]).

Резюмируя все изложенное о наслѣдованіи боковыхъ родственницъ, мы приходимъ къ слѣдующему результату. Родныя сестры — на ряду съ дочерьми, всегда имѣли безспорное право наслѣдованія; онѣ даже могли воспользоваться законною долей, а дальнѣйшія родствен-

---

1) *Kind*, l. c., §§ 49—54 (по Вангерову).

2) *Hugo*, Rechtsgeschichte, 7 изд., § 169, not. 7.

3) *Savigny*, l. c., p. 18.

4) *Vangerow*, Ueber die lex Voconia, pp. 19—27.

5) Слѣдовательно, неизвѣстно, есть у завѣщателя 10000 ассовъ, или нѣтъ. См. Cicero, Oratio in Verr., l. c.

Digitized by Google

ницы въ VI вѣкѣ были окончательно устранены отъ наслѣдованія по соображеніямъ въ духѣ времени: тогда недружелюбно относились къ началу личной и экономической самостоятельности женщинъ.

Но по мѣрѣ того, какъ отживали свой вѣкъ традиціи, ограничивавшія правоспособность и дѣеспособность женщинъ, прекрасный полъ уравнивался въ правахъ съ мужчинами. Преторъ даетъ bonorum possessio intestati, не обращая вниманія на ratio Voconiana, а Юстиніанъ даже ставитъ риторическій вопросъ, въ видѣ недоумѣнія: съ какой стати римлянамъ болѣе, чѣмъ римлянкамъ, ad successionem patebat aditus [1]).

Ratio Voconiana имѣла двоякій результатъ. Во-первыхъ, она временно ограничила женщинъ въ правахъ наслѣдованія. Во-вторыхъ, она же имѣла вліяніе на дифференціацію боковыхъ наслѣдниковъ, сохранившую силу до самаго Юстиніана.

2) *Дифференціація боковыхъ наслѣдниковъ.* Выдѣленіе ближайшихъ боковыхъ родственницъ (consanguineas) въ особую группу наслѣдниковъ, которое продѣлала media jurisprudentia, руководившаяся ratione Voconiana, отразилось и на опредѣленіи общаго порядка боковаго наслѣдованія. Всѣхъ агнатовъ римская юриспруденія раздѣлила на двѣ партіи: consanguinei и agnati; къ послѣднимъ были отнесены тѣ агнаты, которые не были единокровными [2]).

---

[1]) § 3 Inst. 3 2: quare etenim — ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus.

[2]) *Ulpiani*, fragm., 26, 1: si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre. *Paul.*, Sent. 4, 8, 13: si sui heredes non sunt, ad agnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent. Fr. 1 § 9 D. 38. 16: post suos statim consanguinei vocantur; fr. 2 eod: post consanguineos admittuntur agnati, si consanguinei non sunt.

Digitized by Google

Практическое значеніе названной дифференціаціи заключалось въ томъ, что въ партіи единокровныхъ на одинаковомъ положеніи были и мужчины и женщины, а въ кругу дальнѣйшихъ агнатовъ наслѣдовали одни мужчины [1]).

Въ концѣ обзора лицъ, подходящихъ подъ категорію боковыхъ наслѣдниковъ XII таблицъ, остановимся еще на прозваніи агната прилагательнымъ proximus.

3) *Proximus* agnatus — *ближайшій* родственникъ по мужской линіи. Въ текстѣ закона единственное число; но оно не исключало одновременнаго наслѣдованія нѣсколькихъ агнатовъ ejusdem gradus, о чемъ свидѣтельствуетъ Юстиніанъ (§ 5 Inst. 3. 2): et quamvis singulari numero usa lex proximum vocet, tamen dubium non est, quin et, si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Предѣла степени родства не полагалось; имѣли право получать наслѣдство родственники etiam longissimo gradu (§ 3 Inst. ibid.), in infinitum (fr. 2 § 1 D. 38. 16 [2]).

Если было нѣсколько родственниковъ одинаковой степени (братьевъ и сестеръ, или племянниковъ), то всѣ

---

[1]) *Deiters*, Dissertatio de civili cognatione et familiari ex jure romano, 1825 г., и *Huschke*, рецензія на эту дессертацію, помѣщенная въ kritische Zeitschrift., Tübingen, Bd. III, p. 229, — полагаютъ, что римскіе юристы выдѣлили consanguinei въ классѣ агнатовъ, такъ какъ consanguinei наслѣдовали потому же принципу, какъ и sui heredes: въ нихъ продолжается Familien — Individualität ихъ отца (sanguis) in solidum (откуда и прозваніе consanguinei). Но съ точки зрѣнія исторической такое соображеніе неподходяще, ибо, какъ мы видѣли, принципъ боковаго наслѣдованія не имѣетъ ничего общаго съ началомъ преемства «своихъ наслѣдниковъ»; а на сколько въ данномъ случаѣ юриспруденція игнорировала историческія данныя — намъ неизвѣстно. Помимо этого, намъ кажется, естественнѣе ставить приведенную дифференціацію боковыхъ наслѣдниковъ въ причинную связь съ ratio Voconiana, какъ это уже дѣлали Глюкъ (l. c., p. 217 ff.), Ширмеръ (l. c., p. 136 ff.) и др.

[2]) Gai, 3, 16.

Digitized by Google

они наслѣдовали in capita; каждый изъ нихъ имѣлъ право на равную долю наслѣдства. При этомъ требовалось, чтобы родственникъ одной и той-же степени, къ которому должна была перейти соотвѣтственная часть наслѣдства, находился въ живыхъ. Не допускалось того, что на современномъ языкѣ гражданскаго права называется *правомъ представленія*, т. е. правомъ занять мѣсто умершаго восходящаго для того, чтобы наслѣдовать рядомъ съ ближайшимъ родственникомъ наслѣдодателя. Не предрѣшая контроверзу, на сколько удачно новѣйшій терминъ (право представленія) обозначаетъ помянутое юридическое отношеніе [1]), нельзя однако обойти молчаніемъ вопросъ: почему-же внуки

---

[1]) Въ литературѣ много спорили о томъ, какъ примѣнять по отношенію къ римскому праву новѣйшій терминъ (неизвѣстный еще глоссаторамъ): право представленія ((jus repraesentatioins, Repraesentationsrecht). Согласно наиболѣе распространенному взгляду, jus repraesentationis имѣло мѣсто какъ въ томъ случаѣ, когда наслѣдовали внуки (дѣти умершаго сына) вмѣстѣ съ оставшимися въ живыхъ дѣтьми наслѣдодателя, такъ и при наслѣдованіи племянниковъ (дѣтей умершаго брата) рядомъ съ другими братьями (Nov. 118 c. 3, Nov. 127). Затѣмъ, по мнѣнію *Глюка*, l. c., § 23, которое принимаетъ также Wächter, Pandecten, II, § 277, p. 695, надлежитъ различать двоякое право представленія: 1) касающееся самаго права наслѣдованія; оно свойственно однимъ племянникамъ; только послѣдніе становятся наслѣдниками jure praedefuncti parentis, а внуки наслѣдуютъ непосредственно, jure proprio; 2) jus repraesentationis касательно только modum succedendi (in stirpes), одинаково знакомое по позднѣйшему римскому праву и внукамъ и племянникамъ. Наконецъ, *Вангеровъ* (Lehrbuch der Pandeuten, § 414), находя логически неправильнымъ настоящій терминъ, такъ какъ лицо представляемое, parens praedefunctus, не имѣло право наслѣдованія, quia vivi hereditas non datur, предлагаетъ иначе называть внуковъ и племянниковъ законными замѣстителями умершаго родителя (gesetzliche Substituten des verstorbenen Parens). Подробная литература у *Windscheid*, Pandecten, § 572, not. 4. Повидимому, jus repraesentationis остается въ юридическомъ лексиконѣ за неимѣніемъ другаго болѣе подходящаго термина.

Digitized by Google

были замѣстителями умершаго сына при наличности другихъ сыновей (sui heredes), а племянники не замѣщали умершаго брата наслѣдодателя при другихъ братьяхъ его? Вотъ, нѣсколько рискованная догадка.

Фюстель де-Куланжъ, пришедшій посредствомъ сравнительнаго изслѣдованія къ предположенію, что въ римскомъ родовомъ быту практиковалось право старшинства, нашелъ бы наглядное подтвержденіе своей мысли, если бы онъ примѣнилъ формулу: agnatus proximus familiam habeto къ наслѣдованію въ родовомъ союзѣ [1]). Далѣе, съ теченіемъ времени (можетъ быть подъ вліяніемъ распаденія одной большой семьи на отдѣльныя фамиліи) право старшинства само собою отпадаетъ. Что-же за нимъ слѣдуетъ: наслѣдованіе in capita или in stirpes? Отъ права старшинства ближе переходъ къ наслѣдованію наличныхъ родственниковъ одинаковой степени in capita, чѣмъ къ наслѣдованію in stirpes, потому что первое правило менѣе нарушаетъ степень близости къ наслѣдодателю, чѣмъ второе (дѣти и внуки, братья и племянники). Второе правило возникаетъ уже въ новомъ классѣ sui heredes; его долго минуетъ древнѣйшій разрядъ наслѣдниковъ [2]).

Въ заключеніе настоящаго анализа агнатическаго наслѣдованія скажемъ о пріобрѣтеніи наслѣдства.

4) *Пріобрѣтеніе наслѣдства.* Юридическая практика разработала понятіе о моментѣ открытія наслѣдства, delatio hereditatis. Такъ какъ delatio hereditatis для агнатическаго наслѣдованія не всегда совпадала съ мо-

---

[1]) Право старшинства свойственно первобытному наслѣдованію. *Post*, Grundlaugen, 291.

[2]) Когда впослѣдствіи явилось сомнѣніе, не лучше-ли вмѣсто дробленія наслѣдства in capita дѣлить его in stirpes, юристы рѣшили въ пользу поголовнаго раздѣла. Гай замѣчаетъ при этомъ (3, 16): *jam dudum* (уже давно) tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem. Не есть-ли то намекъ на историческій мотивъ рѣшенія вопроса?

Digitized by Google

ментомъ смерти наслѣдодателя (было составлено духовное завѣщаніе, а наслѣдниковъ ex testamento не нашлось), то открытіе наслѣдства было отнесено не къ моменту смерти, а къ тому времени, когда становилось извѣстнымъ, что умершій — intestatus (вовсе нѣтъ завѣщанія, или нѣтъ наслѣдника по завѣщанію [1]).

Неизвѣстно, существовалъ-ли особый актъ пріобрѣтенія наслѣдства агнатами. Обыкновенно довольствовались предположеніемъ, по которому фактическое овладѣніе имуществомъ представляло собою вступленіе агната въ наслѣдственныя права. Но въ недавнее время Зомъ, авторъ новаго курса институцій [2]), высказалъ догадку такого рода: для пріобрѣтенія наслѣдства агнаты нуждались въ особомъ судебномъ вводѣ во владѣніе; тогдашній магистратъ, консулъ, давалъ имъ bonorum possessio. По мнѣнію Зома, съ той поры и ведетъ начало этотъ преторскій институтъ наслѣдованія. Въ подтвержденіе своей мысли Зомъ приводитъ слѣдующія обстоятельства: 1) Въ Греціи, какъ и въ Римѣ, законныя дѣти (sui heredes) пріобрѣтали наслѣдство ipso jure, а для всѣхъ другихъ наслѣдниковъ по аттическому праву существовалъ судебный вводъ во владѣніе со стороны архонта [3]);

---

[1]) Gai, 3, 13: eo tempore, quo certum fuerit, aliquem intestatum decesisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc ex iis requiri proximum, cum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem. Также § 6 Inst. 3. 2, fr. 5 D. 38. 16 и др. Только относительно постумовъ и плѣнныхъ остались тѣже правила, которыя были и въ 1-мъ разрядѣ. Fr. 3. §§ 9 и 11 D. 38. 16.

[2]) *Sohm*, Institutionen des röm. Rechts, 1884 г., p. 300 ff.

[3]) *Schulin*, Das griechische Testament, 1882 г., p. 13, допускаетъ судебный вводъ во владѣніе на основаніи одного крайне спорнаго показанія источниковъ (составляющаго crux intetpretum, по его собственному признанію). Въ другомъ мѣстѣ (p. 21) онъ находитъ болѣе положительныя свѣдѣнія: усыновленный по завѣщанію, какъ и всякій другой наслѣдникъ (кромѣ сыновей) долженъ обратиться къ архонту

Digitized by Google

2) слова „habere“ (familiam habeto) и „possessio“ (bonorum possessio) служили къ древнѣйшее время не только для обозначенія фактическаго, но и юридическаго владѣнія.

Второй аргументъ, въ сущности, очень слабый, ибо буква закона, по которой агнаты получали право владѣнія (habere = possessio), сама по себѣ недостаточна для констатированія судебнаго ввода во владѣніе. Что-же касается перваго аргумента, аналогіи съ греческимъ правомъ, то, конечно, нѣтъ ничего страннаго въ томъ, что мысль о вводѣ во владѣніе имуществомъ со стороны греческаго магистрата даетъ поводъ думать о таковомъ способѣ пріобрѣтенія наслѣдства и въ древнемъ Римѣ. Что мѣшаетъ, въ самомъ дѣлѣ, допустить рядомъ съ фактическимъ овладѣніемъ посмертнаго имущества (pro herede gestio позднѣйшаго права [1]) судебное скрѣпленіе пріобрѣтеннаго права ради большей гарантіи? Другое дѣло — вопросъ объ отношеніи предполагаемаго акта пріобрѣтенія къ преторскому наслѣдованію; онъ можетъ быть рѣшенъ только послѣ тщательнаго пересмотра крайне запутаннаго ученія о происхожденіи bonorum possessio [2]).

съ просьбою ἐπιδικάζεσθαι τοῦ κλήρου (Isaeus, 3, 41 etc), т. е. ввести въ права наслѣдственныя. См. еще *Caillemer*, Le droit de succession legitime à Athènes, p. 157: иначе просьба боковыхъ родственниковъ о вводѣ во владѣніе наслѣдствомъ называлась λῆξις. Магистратъ (архонтъ, полемархъ) дѣлалъ публичное оповѣщеніе (бѣлый эдиктъ); въ теченіе назначеннаго срока можно было оспаривать права на наслѣдство.

[1]) Ulpiani, 22, 26: pro heredi gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur.

[2]) Кстати замѣтить, еще въ 1870 году французскій ученый *Dareste* усматривалъ много общаго между греческимъ правомъ и преторскимъ эдиктомъ, когда онъ излагалъ трактатъ о законахъ, написанный Θεοφραστομ, ученикомъ и послѣдователемъ Аристотеля. (Revue de legislation ancienne et moderne, 1870 г., p. 263 ff).

Противъ догадки Зома высказался Лейстъ (Graeco-ital. Rgesch., p. 89): 1) слова familiam habeto не отнимаютъ у агнатовъ прозванія

Digitized by Google

Третій разрядъ — гентилы.

По закону XII таблицъ гентилы представляютъ третій классъ цивильныхъ наслѣдниковъ. Gentiles familiam habento, если нѣтъ sui heredes и агнатовъ. Тѣ-же возраженія, которыя нами были представлены противъ ограничительнаго пониманія словъ: legitima hereditas, въ значеніи наслѣдованія агнатовъ, установленнаго XII таблицами, — тѣ-же возраженія могутъ быть дѣйствительны и противъ ученыхъ (Хельдеръ и др.), подводящихъ преемство гентиловъ подъ понятіе legitima hereditas въ узкомъ смыслѣ слова. Наслѣдованіе родичей ведетъ свое происхожденіе издревле; оно такое-же древнее учрежденіе, какъ и самая gens.

Преобладающая доктрина смотритъ на третій разрядъ цивильныхъ наслѣдниковъ также, какъ и на второй разрядъ, т. е. она видитъ въ немъ послѣдній классъ, установленный децемвирами въ послѣдовательномъ порядкѣ за вторымъ классомъ. Но эта доктрина открыта существеннымъ возраженіямъ. Разберемъ недостатки ея.

I. *Недостатки преобладающей доктрины.* Какъ бы ни толковали текстъ XII таблицъ—въ смыслѣ права наслѣдованія одного ближайшаго родича, или въ значеніи права всего рода принять открывшееся наслѣдство, — во всякомъ случаѣ, помянутое возрѣніе опровергается. Въ первомъ случаѣ наслѣдованіе гентиловъ является плеоназмомъ, во второмъ случаѣ — анахронизмомъ.

1) *Плеоназмъ.* Нѣкоторые романисты (напр., Ширморъ [1]) того мнѣнія, что наслѣдство по XII таблицамъ

---

heredes (Gai, 3, 9: *hereditas* pertinet — ad agnatos), 2) всегда римляне bonorum possessio противополагали hereditas, а не смотрѣли на bon. pos., какъ на правительственную гарантію цивильнаго наслѣдованія.

[1]) *Schirmer*, l. c., p. 139.

Digitized by Google

шло не всему роду, а отдѣльнымъ родичамъ; тѣ родичи, которые ближе стояли къ наслѣдодателю, получали наслѣдство. Но, вѣдь, эти родичи суть родственники исключительно по мужскому поколѣнію; ближайшій родичъ — тотъ же ближайщій агнатъ Такъ, къ чему же, спрашивается, законодателю понадобился третій классъ наслѣдниковъ, который по существу есть ничто иное, какъ повтореніе предшествующаго класса. Было бы странно полагать, что децемвиры намѣренно, по собственной иниціативѣ, установили излишній классъ наслѣдниковъ.

Вопросомъ о различеніи гентила отъ агната нѣсколько разъ интересовались романисты. Въ наше время Фойхтъ [1]) предлагаетъ считать агнатомъ родственника не дальше 6-й степени, а дальнѣйшихъ родственниковъ онъ причисляетъ къ гентиламъ. Такое различеніе не было извѣстно римлянамъ въ эпоху децемвирата. Лучше отличалъ однихъ отъ другихъ Савиньи [2]): гентилы суть настолько дальніе агнаты, что общность происхожденія обыкновеннымъ путемъ нельзя констатировать, а родство ихъ между собою опредѣляется только по тожеству ихъ имени. Поэтому, и 3 й классъ наслѣдниковъ, съ точки зрѣнія сказаннаго опредѣленія гентиловъ, отличается отъ втораго тѣмъ, что по послѣднему близкій, а по 3-му классу — дальній агнатъ призывается къ наслѣдованію. Но, какъ бы то ни было, оба класса по существу сходятся: въ томъ и другомъ наслѣдуетъ *ближайшій* агнатъ. Различіе между ними въ степени опредѣленности, — второй классъ опредѣленнѣе третьяго. И опять остается открытымъ недоумѣніе: къ чему же послѣ опредѣленнаго класса наслѣдниковъ децемвиры рѣшили установить менѣе опредѣленный разрядъ.

---

1) *Voigt*, XII Tafeln, II, p. 391.

2) *Savigny*, vermischte Scriften, V, p. 17.

Digitized by Google

2) *Анахронизмъ.* Есть мнѣніе (Ферингъ [1]), по которому за неимѣніемъ sui heredes и proximi agnati наслѣдство идетъ въ пользу всѣхъ фамилій, принадлежащихъ къ одной gens. При этомъ предполагается, что децемвиры установили такое правило. Но послѣднему предположенію можно противопоставить слѣдующій доводъ. Въ началѣ римской республики общинно-родовой бытъ совсѣмъ разлагался; функціи родоваго контроля стали переходить къ государственной власти. Мы уже имѣли случай замѣтить, что въ XII таблицахъ усматриваютъ даже (Іерингъ) начало вмѣшательства государства въ семейную жизнь. Если это все такъ, то со стороны децемвировъ было бы непослѣдовательно даровать gens, этой разлагающейся общинѣ, наслѣдственныя права; имъ надлежало скорѣе посмертное имущество, которое остается безъ наслѣдниковъ, передать государству. Отчего же они этого не сдѣлали? А оттого, что вообще децемвиры ничего новаго не установили въ правахъ наслѣдованія; въ частности, въ данномъ случаѣ они сдѣлали тоже, что и по отношенію агнатическаго наслѣдованія, т. е. констатировали въ письменной формѣ то, что давнымъ давно существовало [2]).

Наслѣдованіе гентиловъ со времени XII таблицъ доживало свой вѣкъ, а развитіе его относится къ далекому прошлому. И вообще, въ исторіи этого наслѣдованія можно подмѣтить нѣсколько фазисовъ.

II. *Исторія наслѣдованія гентиловъ*, можно думать, прошла 3 періода: 1) допатріальнальный бытъ, 2) родовой патріархальный періодъ, 3) первыя времена государственнаго періода.

---

[1]) *Vering*, Röm. Erbrecht, pp. 60, 119, 432.

[2]) *Voigt*, l. c., II, p. 392: Gens, въ смыслѣ корпораціи, не наслѣдовала, потому что XII таблицъ не знали понятія объ юридическомъ лицѣ. Но въ родовомъ быту еще менѣе извѣстно было такое понятіе; однако, тогда gens дѣйствительно наслѣдовала.

Digitized by Google

1) *Допатріархальный бытъ.* Если справедлива догадка, по которой въ давнопрошедшія времена, когда отецъ ребенка оставался въ неизвѣстности, gens образовала самую первичную форму семьи, т. е. группу родственниковъ со стороны матери [1], — то позволительно думать, что и наслѣдство въ ту пору переходило къ родственникамъ по женской линіи [2]; и если эти родственники именовались gentiles, то значитъ тогда уже наслѣдниками были гентилы. Такое предположеніе, разумѣется, слѣдуетъ считать лишь гадательнымъ, потому что оно вызвано только общимъ соображеніемъ о развитіи родоваго быта по новѣйшимъ изслѣдованіямъ [3].

2) *Патріархальный родовой бытъ.* Съ большею достовѣрностью по отношенію къ римскому праву мы можемъ констатировать наслѣдованіе гентиловъ, послѣ того какъ въ разросшихся группахъ отдаленныхъ родственниковъ путемъ экзогаміи и эндогаміи возникали индивидуальные браки, установились патріархальныя семьи, женская филіація была вытѣснена агнатическимъ родствомъ, явилась фикція происхожденія отъ общаго мужскаго предка, — однимъ словомъ, послѣ того какъ подъ именемъ gentiles стали разумѣть всѣхъ товарищей наслѣдодателя по родовой общинѣ, ведущихъ свое происхожденіе отъ одного дѣйствительнаго или фиктивнаго прародителя. Въ эту эпоху чисто-родоваго быта недвижимое имущество (земля) находилось большей частью

---

[1]) См. выше, стр. 112.

[2]) Въ родовыхъ союзахъ, гдѣ господствуетъ женская филіація, наслѣдуютъ родственники со стороны матери. Много примѣровъ можно найти въ любомъ изъ вышеназванныхъ трудовъ, написанныхъ по сравнительному методу.

[3]) Правда, наслѣдственнаго права въ томъ смыслѣ, какой мы придаемъ этому слову въ настоящее время, какъ замѣчаетъ Постъ (Bausteine, II, p. 173), тогда не было. Это понятіе развивалось постепенно; родичи мало по малу получали право постепеннаго преемства опредѣленныхъ вещей (оружія, предметовъ для украшенія и т. под.).

Digitized by Google

въ коллективномъ обладаніи родичей (ager publicus); по смерти одного изъ нихъ участокъ земли, на которомъ сидѣлъ (possidebat) умершій товарищъ, переходилъ, естественно, въ распоряженіе всего рода. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, по мѣрѣ того какъ владѣніе и право собственности индивидуализировались, той же участи подвергался и наслѣдственный переходъ имущества, прокладывало себѣ дорогу агнатическое наслѣдованіе. Proximus agnatus принималъ индивидуальное обладаніе наслѣдодателя, а за родичами оставалось по прежнему, во-первыхъ, то, чѣмъ умершій владѣлъ, въ качествѣ ихъ сотоварища, и во-вторыхъ еще, быть можетъ, имущество, не находившее наслѣдника въ лицѣ proximi agnati.

Кстати упомянуть, справедливо замѣчаніе Дюбуа, высказанное имъ вскользь въ вышеназванной нами статьѣ [1]). Gentilitas, говоритъ онъ, такое же родство, какъ и agnatio; послѣднее даже возникло изъ перваго. И преобразованія, способствовавшія переходу гентиловъ въ агнатовъ, суть тѣ же, посредствомъ которыхъ коллективная собственность, выразившаяся въ gentilitas, превратилась въ индивидуальную собственность, представляемую агнатическимъ принципомъ (représentée par l'agnation).

3) *Первыя времена государственнаго періода.* Вмѣстѣ съ окончательнымъ упроченіемъ частной собственности, агнатическое наслѣдованіе, какъ мы видѣли, выдѣлило изъ себя въ началѣ государственнаго быта особый классъ „своихъ наслѣдниковъ". Родовая община распадалась, ея права стягивала къ себѣ государственная власть. Члены общинъ, gentiles, теряли наслѣдственныя права. Въ это время, gentilitas сохраняла свое дѣйствительное значеніе уже не какъ родство, обусловленное мѣстомъ

[1]) Nouvelle revue historique de droit, 1880 г., p. 445.

Digitized by Google

жительства въ общинѣ, а скорѣе въ смыслѣ простой *генеалогической вѣтви*; гентилы были лица, носившія одно родовое имя, свидѣтельствующее о томъ, что ихъ предки когда-то, ведя общинную жизнь, считались дѣйствительными родственниками по мужскому поколѣнію [1]). По выраженію Макъ-Леннана [2]), у гентиловъ оставалась все-таки *spes successionis*. И такая надежда не покидала ихъ до самаго конца упадка родоваго быта.

Во времена Гая отъ разсмотрѣннаго стародавняго учрежденія не сохранилось болѣе слѣдовъ; авторъ институцій сообщаетъ, totum gentilicium jus iu desuetudinem abisse [3]).

Вотъ, въ немногихъ словахъ вся исторія наслѣдованія гентиловъ. Въ заключеніи, еще остановимся на отдѣльной эпохѣ этой исторіи, времени децемвирата.

Децемвиры отмѣтили въ своемъ кодексѣ наслѣдованіе гентиловъ, самый старинный наслѣдственный институтъ. Встрѣчалось-ли оно на практикѣ въ тѣ времена? Агнатическое наслѣдованіе, второе правило по времени возникновенія послѣ гентильнаго, — превратилось въ наслѣдованіе боковое; мы знаемъ, многіе юристы разработывали его, писали комментаріи. А о гентилахъ юридическая литература подробныхъ свѣдѣній намъ не даетъ. Только юристъ Павелъ коротко выражается: intestatorum hereditas lege XII tabularum primum suis he-

---

[1]) Еще дальше, съ полнымъ развитіемъ государственной власти, и генеалогическая вѣтвь не могла быть возстановлена; осталось одно выраженіе принадлежоости къ былому родовому союзу, nomen gentilicium. Такъ, по замѣчанію Муромцева (Гражданское право древняго Рима, стр. 394), цитуемый Цицерономъ юристъ VII вѣка Муцій Сцевола, опредѣляя родъ по его признакамъ, не счелъ уже за нужное упомянуть объ единствѣ происхожденія родичей.

[2]) *M. Lennan*, Studies, p. 225. Тоже *Giraud-Teulon*, Origines, p. 232.

[3]) Gai, 3, 17. На этомъ основаніи Гай считаетъ излишнимъ подробно разсматривать наслѣдственныя права гентиловъ.

Digitized by Google

redibus, deinde agnatis, et *aliquando quoque gentilibus* deferebatur [1]) — и даже иногда (иными словами, рѣдко) наслѣдство открывалось гентиламъ, говоритъ Павелъ. Немногія указанія встрѣчаются еще у писателей — не юристовъ. Такъ, въ видѣ примѣра наслѣдованія гентиловъ можно сослаться на коротенькія замѣчанія Цицерона (наслѣдуетъ gens Minucia [2]); споръ о наслѣдствѣ inter Claudios et Marcellos [3]).

Одно время было въ ходу мнѣніе, будто бы filius emancipatus, лишенный права наслѣдовать въ разрядѣ sui heredes, не терялъ этого права въ классѣ гентиловъ [4]). Emancipatus, подвергшійся capitis deminutio minima, тѣмъ не менѣе, дѣйствительно сохранялъ nomen gentilicium; казалось бы, отчего же ему не наслѣдовать въ качествѣ гентила. И все-таки до реформы преторской его миновала hereditas, о чемъ свидѣтельствуетъ Юстиніанъ: emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent; neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, *neque ullo alio jure* per legem XII tab. vocantur [5]). Отчего же такъ? Вѣроятно, на томъ основаніи, что filius emancipatus, самый ближайшій родственникъ, не подходилъ подъ категорію гентиловъ, родственниковъ наиболѣе отдаленныхъ.

Нѣкоторыя компликаціи въ разобранномъ нами порядкѣ цивильнаго наслѣдованія бывали тогда, когда, кромѣ родственниковъ, заявляли претензіи на наслѣдство

---

[1]) *Pauli*, Sent., 4, 8, 3.

[2]) *Cicero*, In Verrem, I c. 45 § 145.

[3]) *Cicero*, De oratore I c. 39 § 176.

[4]) Старая литература у Глюка, p. 231, not. 79. Тоже *Huschke*, Studien, p. 138, Anm. 10. Contra *Schirmer*, l. c., p. 139, not. 44.

[5]) § 9 Inst. 3. 1.

Digitized by Google

лица, отъ которыхъ умершіе наслѣдодатели состояли *въ личной зависимости*. Перечисляютъ (*Voigt*, XII Tafeln, II, 392—396, *Danz*, § 170) слѣдующіе случаи такого рода:

1) Наслѣдованіе *въ имуществѣ вольноотпущенника* (Gai, 3, 40; Ulp., 27, 1, 29; 1, 2). Либертъ, въ благодарность за дарованіе свободы, обязанъ былъ всю жизнь почтительно относиться къ патрону и дѣлиться съ нимъ своимъ достаткомъ. Такъ, вольноотпущенный ремесленникъ долженъ былъ поставлять патрону издѣлія своего производства (operae fabriles), заботиться о приданомъ для дочери бѣднаго патрона и т. д. Однимъ словомъ, на имущество вольноотпущенника сохраняла извѣстныя права вся семья бывшаго господина (patronus, patrona liberique patroni); она же имѣла право на наслѣдство безсемейнаго либерта, т. е., того либерта, которому недоставало sui heredes; боковыхъ же родственниковъ у вольноотпущенника не было, потому что родственныя отношенія либерта въ бытность его рабомъ юридическаго значенія не имѣли, а зависимость отъ патрона (патронатъ) на дѣтей либерта не переходила. — О наслѣдованіи гентиловъ патрона въ XII таблицахъ не было рѣчи; вотъ почему, по замѣчанію Фойхта, и происходилъ вышеупомянутый нами споръ inter Marcellos et Claudios [1]).

[1]) *Voigt*, XII Tafeln, II, 392, not. 14. Фойхтъ, отожествляющій либертовъ съ кліентами въ своей извѣстной брошюрѣ: Ueber die Clientel und Libertinität, реставрируетъ законъ XII таблицъ, дарующій патрону право наслѣдованія въ имуществѣ либерта, такимъ образомъ (ibid., I, 705): si cliens intestato moritur, cui suus heres nec escit, pecunia ex ejus *familia in* patroni *familiam* redito. По поводу этой реставраціи нельзя не замѣтить, что всѣ мѣста источниковъ, на которыхъ она основано, рѣчь ведутъ только о преемствѣ имущества вольноотпущенника (не кліента), а тожество между либертомъ и кліентомъ далеко не установлено, потому что вопросъ о происхожденіи кліентовъ — quæstio vexata древне-римскаго права.

Digitized by Google

2) Наслѣдованіе *въ имуществѣ эманципированнаго* filiifamilias аналогично предъидущему: за неимѣніемъ sui heredes въ имуществѣ emancipati наслѣдуетъ тотъ, кому filius emancipatus обязанъ своею свободой, т. е., pater naturalis (Gai, 1, 192; fr. 10 D. 38, 16).

3) Наслѣдованіе *въ имуществѣ filiifamilias, отпущеннаго на волю* тѣмъ лицомъ, у котораго filiusfamilias состоялъ *in mancipio* [въ случаѣ noxæ datio, или въ такомъ случаѣ: nisi *a patre fiduciario* (filiifamilias) remancipati fuerint et a naturali patre manumissi. Gai, Epit. I, 6, 3)—построено было по предшествующему образцу (Фойхтъ называетъ даже отношенія между подобнымъ filiusfamilias и его бывшимъ хозяиномъ quasi-patronatus). Обратный порядокъ наслѣдованія (сначала manumissor, а потомъ sui heredes), установленный XII таблицами, былъ признанъ преторомъ несправедливымъ. Именно, prætor, какъ сообщаетъ Ульпіанъ (Collat. 16, 9, 2), æquitate motus decem personas cognatorum ei (manumissori) prætulit etc.

Digitized by Google

СИНТЕЗЪ.

Изъ предъидущаго мы знаемъ, что гентилы, агнаты и свои наслѣдники имѣли неодинакое прошлое; начали они свою историческую судьбу въ разное время, а въ XII таблицахъ всѣ встрѣтились; рядомъ были они поставлены законодателемъ. Спрашивается, въ какое же отношеніе они стали другъ къ другу?

Господствующее мнѣніе, которое считаетъ наслѣдованіе своихъ наслѣдниковъ исконнымъ явленіемъ, видитъ въ агнатахъ и гентилахъ дальнѣйшее расширеніе круга родственниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію. Выходитъ такъ, что какъ-будто децемвиры имѣли въ виду образовать одинъ цѣльный институтъ цивильныхъ наслѣдниковъ, подраздѣленный на три класса. Съ этою цѣлью, какъ полагаютъ многіе писатели (Хельдеръ, Шёрль, Ширмеръ, Данцъ и др.), составители XII таблицъ и дали право посмертнаго преемства имущества, помимо sui heredes, агнатамъ и гентиламъ.

Предлагаемъ иной тезисъ: три класса наслѣдниковъ представляютъ три независимыя историческія наслоенія, между которыми децемвиры не установляли преемственной связи.

Digitized by Google

И такъ какъ въ своемъ развитіи предшествующіе классы наслѣдниковъ ограничивали послѣдующіе, то въ сопоставленіи ихъ нельзя усматривать постепеннаго расширенія круга наслѣдниковъ; съ исторической точки зрѣнія, правильнѣе глядѣть vice versa; въ предшествующихъ классахъ видѣть ограниченіе послѣдующихъ.

Сказанное положеніе не противорѣчитъ общей гипотезѣ развитія наслѣдованія ab intestato. Далѣе, оно находитъ себѣ оправданіе въ другихъ современныхъ ему положеніяхъ и институтахъ древне-римскаго наслѣдственнаго права. Наконецъ, оно согласно съ дальнѣйшей исторіей наслѣдованія ab intestato.

А) Общая гипотеза развитія наслѣдованія ab intestato высказана была, какъ мы видѣли, Морганомъ; по этой гипотезѣ, въ исторической послѣдовательности наслѣдниками появляются: гентилы, агнаты и дѣти наслѣдодателя. Вмѣстѣ съ тѣмъ, Морганъ полагаетъ, что полной замѣны одного класса другимъ не было. Такъ, когда явился классъ дѣтей, то классъ агнатовъ продолжалъ существовать рядомъ съ дѣтьми.

В) Долѣе всего мы остановимся на тѣхъ положеніяхъ и институтахъ римскаго права эпохи XII таблицъ, которые могутъ быть приведены въ оправданіе высказаннаго нами тезиса.

Подробно мы разсмотримъ слѣдующіе вопросы: 1) вопросъ о преемственной связи между отдѣльными классами наслѣдниковъ,—объ отсутствіи successio ordinum et graduum, 2) давностное обладаніе наслѣдствомъ — usucapio pro herede и 3) вопросъ о передачѣ наслѣдства въ постороннія руки—in jure cessio hereditatis.

Digitized by Google

АА) Отсутствіе преемства между наслѣдниками *).

Successio ordinum et graduum—новѣйшій терминъ [1]). Римское право не знало такой терминологіи; оно обозначало это понятіе однимъ словомъ: successio, succedere, или прибѣгало къ описательному выраженію: primo (proximo?) gradu deficiente sequens succedit (§ 7 Inst. 3. 2) [2]). Теперь окончательно выяснено, что древне-римское право не знало successio ordinum et graduum; полагается, что отсутствіе сказаннаго преемства было проведено по всѣмъ классамъ наслѣдниковъ XII таблицъ. Вотъ, что говорятъ источники:

Павелъ (R. S., IV, § 23) приводитъ сначала общее положеніе: *in hereditate legitima successioni locus non est*; затѣмъ тутъ же онъ объясняетъ отдѣльный случай: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quamvis amissa successio proximiori deferatur.

Также поступаетъ *Ульпіанъ* (XXVI, § 5): такой слу-

---

*) *Литература*. Новѣйшія монографіи: *Merkel*, Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben, 1876. Одновременно во Франціи *Machelard*, Dévolution des succesions en droit romain — статья, помѣщенная въ Revue de législ. et de jurisprud., 1876.

[1]) *Vangerow*, Pandecten, II, § 430. По замѣчанію *Меркеля* (Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben, 1876, p. 7), этотъ терминъ встрѣчается въ литературѣ XVII вѣка у *Hunnius*, Variarum resolutionum juris civilis libri IV, 8, tract. I, quaest. 8, pp. 725—728: an in suis locum habeat successoriorum edictum. Въ литературѣ иногда употребляли вмѣсто successio transmissio, между тѣмъ, какъ справедливо замѣчаетъ Меркель, оба термина существенно различаются между собою: transmissio переноситъ пріобрѣтенное право призваннаго къ наслѣдству на вступленіе въ него наслѣдникамъ призваннаго лица, а при successio рѣчь идетъ о новомъ призваніи къ наслѣдству тѣхъ лицъ, право которыхъ не опирается на ихъ предшественниковъ.

[2]) Или: sequens admitti potest (1 § 8 D. 38. 9). Глоссаторы говорили: successio de capite in caput, de gradu in gradum.

Digitized by Google

чай: si nemo eorum (agnatorum) adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, — этотъ случай такъ разрѣшается на основаніи общаго правила: quoniam *legimis hereditatibus successio non est.*

Тоже самое правило упоминается въ институціяхъ (§ 7 Inst. 3. 2). Общее положеніе: placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum (при наслѣдованіи по XII таблицамъ) *successionem non esse* — поясняется примѣромъ:—id est, ut, quamvis proximus, qui secundum ea, quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur.

Наконецъ, въ пандектахъ иногда встрѣчаются указанія на отсутствіе successio по отдѣльнымъ классамъ. Такъ (1 § 8 D. 38. 16), между прочимъ, говорится:— quamvis successio in suis heredibus non sit [1]).

Мы обратимъ вниманіе на область дѣйствія разсматриваемаго положенія, причины появленія и ближайшую судьбу его.

1) Мы уже сказали, что отсутствіе преемства было проведено по всѣмъ классамъ. Для того, кто разумѣетъ подъ legitima hereditas наслѣдованіе по закону вообще, достаточно вышеприведенной фразы римскаго юриста: in legitimis hereditatibus successio non est [1]). Романисты же, которые даютъ legitima hereditas ограничительное толкованіе, ссылаются на выраженіе Ульпіана, какъ на отрицаніе successio graduum среди агнатовъ, и чтобы оправдать дѣйствіе того же правила въ остальныхъ классахъ, они подъискиваютъ другія основанія: между sui heredes нѣтъ преемственной delatio hereditatis, ибо, какъ говорятъ они, исключаетъ ее пріобрѣтеніе наслѣдства, происходящее *ipso jure* [2]); кромѣ того, преемство

---

[1]) *Schirmer*, l. c., p. 255. Sui heredes не знаютъ successio по отношенію къ наслѣдодателю; они—ipso jure heredes.

[2]) Напримѣръ, *Leist*, Bon. Pos., I, p., 206 и мн. др.

Digitized by Google

агнатовъ послѣ sui heredes возможно, если нѣтъ на лицо ни одного suus: si *nullus* sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos (Gai, 3, 9). По вопросу же о successio гентиловъ существуютъ контроверзы.

Было нѣсколько писателей, полагавшихъ, что существовала successio гентиловъ послѣ агнатовъ, однако ихъ предположенія были оспорены. На чемъ же они основывали свои предположенія?

а) *Aequitatis ratio.* Соглашаясь съ тѣмъ, что XII таблицъ не давали такой successio, Шультингъ [1]) и Зегеръ [2]) думали, что successio гентиловъ была установлена благодаря интерпретаціи римскихъ юристовъ, руководившихся aequitatis ratione. Коху [3]) не трудно было устранить эту голословную догадку.

б) Hugo [4]) обращалъ вниманіе на то, что мы находимъ правило in leg. her. suc. non est въ то время. когда болѣе не существовали права гентиловъ, а потому это правило не могло примѣняться относительно гентиловъ.

---

[1]) *Schulting*, Jurisprudentia vetus ante-justinianea ex recensione et cum notis, 1737, p. 794: videtur *aequitatis ratio* aliam benigniorem interpretationem suasisse, ut nempe deficiente proximo agnato locus esset gentilibus, inter quos agnati etiam ipsi videri possunt admissi esse tanquam etiam gentiles.

[2]) *Seger*, Diss. de succes. ed, 1769, § 4, p. 17: Facile fieri potuit ut gentilibus quoque in locum non extantis agnati, non etiam in locum proximi repudiantis hereditatem fuerit permissa successio.

[3]) *Koch*, Bonor. Pos., § 27, p. 267,—называетъ это предположеніе blosse Vermuthung. — Кромѣ того, Шультингъ (l. c., p. 798) указываетъ на одно мѣсто изъ Collatio legum (XVI, 4, 2), которое онъ такъ читаетъ: si agnatus nec escit heres, gentilis familiam nancitor; однако, благодаря *Дирксену* (Versuche zur Kritik und Ausgelung der XII Tafeln fragmente, p. 300), указанное мѣсто не находится въ противорѣчіи съ Гаемъ.

[4]) *Hugo,* Röm. Rechtsgesch., p. 258.

Digitized by Google

Возраженія были сдѣланы многими романистами (Шиллингомъ[1]), Лейстомъ[2]) и др.).

в) Köppen[3]) видѣлъ въ разсматриваемомъ положеніи лишь отрицаніе successio graduum среди однихъ агнатовъ; по его мнѣнію, если не наслѣдуетъ агнатъ, наслѣдство переходитъ къ гентиламъ. Между тѣмъ Гай (3, 17) опредѣленно высказывается: si *nullus agnatus* sit, eadem lex XII tab. gentiles ad hereditatem vocat. Значитъ, при наличности агнатовъ (хотя бы и отказавшихся отъ наслѣдства) гентилы не наслѣдуютъ.

И такъ, едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что правило: in legitimus hereditatibus successio non est касалось всѣхъ трехъ классовъ наслѣдниковъ[4]).

2) *Происхожденіе* такого положенія объясняли различно. Одни писатели выводили его изъ общихъ свойствъ древне-римскаго наслѣдственнаго права; другіе объясняли съ точки зрѣнія классической юриспруденціи; третьи приписывали его интерпретаціи древне-римской юриспруденціи.

а) Довольно смутное объясненіе даетъ Россхиртъ[5]),

---

[1]) *Schilling*, Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte (критика Röm. Rechtsgesch. Hugo), p. 80: правило: in leg. her. suc. non est касается всѣхъ классовъ, а слова agnatus *proximus* устраняли дальнѣйшихъ родственниковъ отъ наслѣдованія.

[2]) *Leist*, Bon. Pos., I, 207, 210. — Съ своей стороны, мы имѣли случай замѣтить, что въ источникахъ есть указанія на наслѣдованіе гентиловъ.

[3]) *Köppen*, System des hentigen römischen Erbrechts, 1862, p. 8 прим. 16.

[4]) Одинокимъ осталось предположеніе *Майера* (*Mayer*, Die Lehre von dem Erbrecht, 1840, § 65), будто бы цивильному праву, какъ и преторскому, была извѣстна successio ordinum et graduum; лишь *по исключенію* не было ея среди sui heredes. Недоразумѣніе въ данномъ случаѣ произошло отъ того, что Майеръ не замѣтилъ различія между цивильнымъ и преторскимъ правомъ.

[5]) *Rosshirt*, Einleitung in das Erbrecht, 1831, p. 406 и 407: такъ, гдѣ не было опредѣленнаго срока для вступленія въ наслѣдство, и

Digitized by Google

считающій положеніе in leg. hered. suc. non est наиболѣе соотвѣтствующимъ развитію духа посмертнаго преемства (Geist des Successionsrechts mortis causa). Немного яснѣе выражается Лейстъ[1]): основаніе, по которому полагалась невозможной successio въ отдѣльныхъ классахъ, состояло въ томъ, что heres долженъ былъ вступить во всю имущественно-правовую личность наслѣдодателя, не прерывая ея бытія; поэтому, право наслѣдника начиналось съ момента смерти, а въ наслѣдственномъ правѣ, открывшемся позднѣе (in dem später deferirten Erbrecht), заключалась бы пріостановка личнаго существованія (Unterbrechung der Persönlichkeit). Противъ этого объясненія Лейста сдѣлалъ возраженіе Ширмеръ: толкованіе Лейста идетъ въ разрѣзъ съ извѣстнымъ правиломъ римскаго права: heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur (54 D. 29. 2) — когда бы heres не вступилъ въ наслѣдство, во всякомъ случаѣ полагается, что онъ сталъ преемникомъ съ момента смерти наслѣдодателя[2]).

б) Нѣкоторые писатели разсматриваютъ отсутствіе successio въ древнемъ правѣ съ точки зрѣнія классической юриспруденціи, которая объясняла *позднѣйшее* возникновеніе ея *по фикціи*: призывается послѣдующій

тотъ, кому открывалось наслѣдство, могъ промедлить, рискуя потерять наслѣдство или отдѣльныя вещи инымъ путемъ (usucapio pro herede)— тамъ названное положеніе цивильнаго права лучше всего согласовалось съ духомъ преемства mortis causa.

[1]) *Leist*, Bon. Pos., I, 113.

[2]) Кстати сказать, попадаются и курьезныя объясненія; напримѣръ, *Huschke*, Studien des röm. Rechts, p. 140, not. 5: какъ мертворожденное дитя не возвращаютъ матери для того, чтобы снова воспроизвести его, такъ и наслѣдственное имущество, не принятое тѣмъ членомъ семьи, которому оно было предназначено, теряетъ свою жизненную силу (Lebenskraft), становится мертвою массой (bona vacantia). И только одна usucapio возможна по отношенію его.

Digitized by Google

наслѣдникъ, а предъидущаго какъ-будто и вовсе не было[1]) (Ulp., 28, 11: sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent; 2 D. 38. 2: atque si priores ex eo numero non essent; 1 § 10 D. 38. 9: ac si prior ex eo numero non competit). Однако изъ приведеннаго мнѣнія вовсе не видно, почему же такой фикціи не существовало въ эпоху XII таблицъ, почему же она сама по себѣ есть позднѣйшее явленіе.

в) Есть такіе писатели, которые полагаютъ, что successio не была допущена юристами-истолкователями XII таблицъ[2]). Рельефнѣе всего это предположеніе было развито Іерингомъ[3]); онъ видитъ въ недопущеніи successio ordinum et graduum римскими юристами «лучшій образчикъ буквальнаго толкованія закона» (Musterstück der Wortinterpretation): agnatus *proximus* исключаетъ successio graduum, а слова: si agnatus nec escit устраняютъ successio ordinum. При этомъ, не надо упускать изъ виду, что и древне-римская юриспруденція не придерживалась слѣпо однихъ словъ, а обращала также вниманіе и на потребности жизни. Такъ и въ данномъ случаѣ: исключеніе suc. ordinum et graduum, на основаніи вышеуказанныхъ словъ XII таблицъ, по видимому, было связано съ тенденціей открыть доступъ къ наслѣдованію *когнатамъ*, которыхъ законъ XII таблицъ совсѣмъ игнорировалъ. Такова презумпція Іеринга[4]). Съ своей стороны, мы позволимъ себѣ замѣтить слѣдующее.

---

[1]) *Schirmer*, l. c., p. 256.

[2]) *Schilling*, l. c., p. 80; *Schulting*, Jurisprud. antejust ad Gai epit lib. II tit. 8, p. 139.

[3]) *Jhering*, Geist (3 изд.), III, p. 457—462.

[4]) Предположеніе Іеринга о томъ, что римская юриспруденція работала въ пользу когнатовъ, аналогично призванію когнатовъ къ наслѣдованію преторомъ (Bon. Pos. unde cognati). Насколько оно вѣроятно— сказать трудно. Такое же предположеніе встрѣчается у *Accarias*, Précis de droit romain, t. II, p. 30 ss.

Digitized by Google

Буквальное толкованіе закона есть своего рода логическій выводъ изъ содержанія закона на основаніи редакціи его. И вотъ, если правило: in leg. her. suc. non est дѣйствительно, практиковалось въ жизни, главнымъ образомъ, благодаря буквальной интерпретаціи, то придется допустить что-нибудь изъ двухъ: или случайно редакція XII таблицъ оказалась таковою, что римскіе юристы создали положеніе, не соотвѣтствующее ratio legis; или же на самомъ дѣлѣ буква закона соотвѣтствовала содержанію его. Первая комбинація — ненормальное явленіе[1]). Поэтому, если уже въ самомъ законѣ нельзя было замѣтить suc. ord. et grad., то возникаетъ другой вопросъ: отчего же въ XII таблицахъ римскіе юристы (veteres) не нашли successio? Гдѣ причина этого явленія?

г) И такъ, мы видимъ, что до сихъ поръ не было попытки объяснить отсутствіе преемства между наслѣдниками на основаніи самого свойства законодательства XII таблицъ. Между тѣмъ, если мы взглянемъ на наслѣдственныя узаконенія съ исторической точки зрѣнія, если мы предположимъ, что эти узаконенія суть три историческія наслоенія, не связанныя между собою, то такое предположеніе найдетъ себѣ оправданіе въ разсматриваемомъ явленіи. Въ исторіи римскаго права постепенно возникали классы наслѣдниковъ, изъ которыхъ позднѣйшіе по времени появленія классы служили болѣе точнымъ опредѣленіемъ круга родственниковъ сравнительно съ древнѣйшими. Классъ агнатовъ опредѣленнѣе класса гентиловъ, къ sui heredes относятся не

---

[1]) Намекъ на то, что разсматриваемое правило непосредственно опиралось на XII таблицъ, встрѣчается, напримѣръ, у Ульпіана (Fragm, 26, 5): ad insequentem gradum *ex lege* hereditas non transmittitur.

Digitized by Google

всѣ агнаты, а только тѣ изъ нихъ, которые въ моментъ смерти домовладыки были подвластны ему.

Такимъ путемъ дифференцировался кругъ родственниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію. Децемвиры внесли эти историческія наслоенія въ свой кодексъ, а successio ordinum не установили. Но, можетъ быть, существовала successio graduum?

Вопросъ о successio graduum по XII таблицамъ почти исключительно поднимался въ классѣ агнатовъ, потому что, во первыхъ, suus heres долгое время былъ heres necessarius; отказываться отъ наслѣдованія онъ не имѣлъ права (слѣдовательно, при наличности ближайшихъ sui heredes другіе не могли наслѣдовать[1]), и, во вторыхъ, гентилы наслѣдовали очень рѣдко. Что касается агнатовъ, то мы имѣемъ нѣсколько спеціальныхъ указаній римскихъ юристовъ на то, что классъ агнатовъ не зналъ successio graduum; Павелъ, Гай и Ульпіанъ, сообщая объ отсутствіи successio вообще, приводятъ, въ качествѣ примѣровъ, случаи, изъ которыхъ можно видѣть, что и агнаты не практиковали преемства между собою[2]).

3) *Ближайшая судьба* разсматриваемаго вопроса извѣстна. Преторъ впервые сталъ допускать successio; съ этою цѣлью онъ издалъ даже спеціальный эдиктъ, edictum successorium, о которомъ рѣчь идетъ въ 38-й книгѣ дигестъ, въ 9 титулѣ[3]).

---

[1]) Beneficium abstinendi лишь впослѣдствіи было даровано имъ преторомъ.

[2]) См. вышеприведенныя цитаты изъ источниковъ.

[3]) Своеобразна теорія *Машеляра* (Machelard, Dévolution des successions en droit romain. — Revue de législation et de jurispudence, 1876, pp. 413—426):

а) Онъ утверждаетъ, что successio ordinum всегда существовала, ибо позволительно сомнѣваться (?), что ея не было, какъ это утверждаютъ нѣкоторые, основываясь на буквѣ закона (cui suus heres nec escit.). Но здѣсь оспаривать нечего, потому что ничего не доказывается.

Digitized by Google

ББ) Суррогаты преемства классовъ и степеней.

На основаніи предъидущаго мы должны сказать, что наслѣдственное имущество, которое почему-либо не принималъ ближавшій наслѣдникъ, не переходило къ дальнѣйшему наслѣднику. Такъ что-же бывало съ нимъ? Вѣдь, и гентиламъ оно не могло въ прокъ пойти, такъ какъ gentiles стояли на самомъ заднемъ планѣ. Мы не находимъ также указаній на то, прибирало-ли къ себѣ подобное наслѣдство древне-римское государство. Остается предположить, что наслѣдство, не принятое ближайшимъ наслѣдникомъ, становилось res nullius.

Однако, по видимому, дѣло было не такъ просто: не всегда всякій любитель могъ воспользоваться непринятымъ наслѣдствомъ [1]). За неимѣніемъ непосредственной

б) За то, съ другой стороны, по Машеляру, агнаты вплоть до Юстиніана не знали successio graduum; edictum successorium касался, будто бы, однихъ когнатовъ, а Юстиніанъ впервые уничтожилъ положеніе: in leg. her. suc. non est. Не входя въ подробности теоріи Машеляра (въ сущности, первый пунктъ его теоріи намъ не противорѣчитъ: цивильное наслѣдованіе не знало successio graduum), слѣдуетъ только замѣтить, что его аргументація втораго положенія (edictum successorium касался однихъ когнатовъ) опирается на совершенно произвольное измѣненіе въ текстѣ источниковъ.

в) Наконецъ, указаніе на § 2 Inst. de bon. pos. (право пріобрѣтать наслѣдство по цивильному праву было поставлено въ очень узкія границы) не есть объясненіе, а только переѳраза разсмотрѣннаго положенія: in leg. h. suc. non est.

[1]) Извѣстное правило: res nullius primo occupanti cedit во всемъ его объемѣ начали примѣнять только впослѣдствіи, въ то время, когда, какъ говоритъ *Мэнъ* (Древнее право, стр. 201), явилось предположеніе,— возникшее вслѣдствіе долговременнаго существованія института собственности, — что каждая вещь должна кому-нибудь принадлежать. Такъ и римская юриспруденція приписывала теорію завладѣнія естественному разуму, ratio naturalis: quod enim ante nullius est, id ratione naturali

Digitized by Google

successio римляне прибѣгали иногда къ другимъ юридическимъ институтамъ для передачи непринятаго наслѣдства по принадлежности. Такими институтами, замѣнявшими successio ordinum et graduum, были usucapio и in jure cessio.

A[1]) Первый суррогатъ: давностное обладаніе наслѣдственнымъ имуществомъ.

I) *Источники*: 1) Изъ классической литературы очень цѣнны нѣкоторые параграфы институцій Гая (II, 52—58, III, 201) и небольшія главы изъ разсужденія Цицерона de legibus (II, cc. c. 19 — 21). 2) Позднѣйшая исторія usucapio pro herede опирается на многіе фрагменты дигестъ и нѣсколько конституцій, помѣщенныхъ въ кодексѣ. Вотъ, нами цитированныя leges: а) *Digestorum* lib. 5. tit. 3 (fr. 3, 11, 12, 13, 25); l. 41, tit. 2 (fr. 11, 28), t. 3 (fr. 2, 3, 4, 5, 33), t. 4. (fr. 6), t. 5 (fr. 2, 4); lib. 47. tit. 2 (fr. 1, 12), tit. 4 (fr. 1), tit. 19. б) *Codicis* lib. 3. tit. 31, lib. 7. tit. 34. Второстепенныя leges собраны, напримѣръ, у *Peucer* (Us. pro herede, pp. 9—11).

II) *Литература*. Usucapio pro herede не перестаютъ изслѣдовать романисты съ давнихъ поръ; но до откры-

---

occupanti conceditur (§ 12 J. 2. 1); а положенія естественнаго права (или коррелата его—jus gentium) стали практиковаться значительно позднѣе XII таблицъ. И романисты относятъ occupatio къ acquisitiones naturales, проложившимъ себѣ дорогу въ жизни послѣ строго формальныхъ acquisitiones civiles (См. напр., *Puchta*, Cursus, § 241). Такимъ образомъ, хотя въ данномъ случаѣ наслѣдственное имущество, почему-либо не принятое наслѣдникомъ, считалось res nullius (Гай, 2, 9: res hereditariae, antequam aliquis heres adierit, nullius in bonis sunt), тѣмъ не менѣе одной окупаціи не было достаточно для того, чтобы сдѣлаться квиритскимъ хозяиномъ этого имущества. Ср. также *Schmidt*, Der principielle Unterschied zwischen röm. und germ. Recht, 1853, I, p. 309.

Digitized by Google

тія институцій Гая, содержащихъ единственныя историческія данныя, комментаріи на нѣкоторые фрагменты дигестъ (Lib. 41. tit. 5) и кодекса (Lib. 7. tit. 29) представляли мало научнаго интереса. По выраженію одного романиста, volvuntur in hac materia commentatores velut mus in pice. Вскорѣ послѣ открытія сочиненія Гая появляются историко-догматическія работы объ usucapio pro herede, сначала въ видѣ толкованій соотвѣтствующихъ параграфовъ книги Гая и сборниковъ Юстиніана (*Gans*, Scholien zum Gaius, 1821 г.; *Elben*, Dissert. inaug. de usucapione pro herede, 1823, Arndts, Über die usuc. pro herede, Rhein. Mus., 1828 г. pp. 125—148), а затѣмъ въ формѣ небольшихъ монографій (*Roschirt*, Über us. p. h., Arch. für civil. Praxis, IX, 1 — 35; *Peucer*, us. p. h., 1835). Вопросъ объ отношеніи usuc. p. h. къ другимъ институтамъ римскаго права впервые возбудилъ *Leist* въ началѣ своего произведенія: Die honorum possessio (1844 г.), а первое капитальное изслѣдованіе нашего института принадлежитъ *Huschke* (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, 1848 г., XIV, 146—229). Съ легкой руки Хушке разработка usucapio pro herede стала довольно быстро прогрессировать. Маленькая замѣтка *Шерля* (*Scheurl*, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts, I, 1853 г., pp. 94—101), какъ мы ниже увидимъ, составила эпоху въ судьбѣ usucapio pro herede. Неутомимый труженикъ Лейстъ, пересматривая снова ученіе о bonorum possessio въ продолженіи комментарій Глюка на 37 и 38 книги дигестъ, сдѣлалъ существенныя измѣненія и дополненія къ своему прежнему изслѣдованію объ usuc. p. herede (имѣется особый оттискъ: Leist, Der röm. Erbrechtsbesitz, 1870 г., pp. 95—280). Французскій романистъ *Dubois* (Nouvelle revue historique, 1880 г.) обсуждалъ спеціальный вопросъ: usucapio pro herede при наличности sui heredes. Недавно *Hölder* напечаталъ небольшой этюдъ о природѣ usucapio p. herede

Digitized by Google

(Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts, pp. 129—136).

Далѣе, въ *новѣйшей* литературѣ объ отвѣтственности за sacra затрогивается также вопросъ объ usucapio pro herede: *Savigny*, juristische Behandlung der sacra privata (ero vermischte Schriften, I, 151—204); *Lassalle*, System der erworbenen Rechte, II, 26—48; *Hölder*, ibid., 137—151. *Старинная* литература о сакральной отвѣтственности указана Савиньи (l. c., p. 154, прим. 1).

III) *Постановка вопроса.* Usucapio буквально обозначаетъ пріобрѣтеніе вещи (capio) посредствомъ пользованія (usu) въ теченіе опредѣленнаго періода времени. Отъ XII таблицъ до насъ сохранился одинъ фрагментъ, въ которомъ и опредѣляются сроки для usucapio, этого давностнаго владѣнія: usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto. Такимъ образомъ, добросовѣстный владѣлецъ чрезъ годъ или чрезъ два года превращался въ квиритскаго хозяина (dominus). Usucapio pro herede—пріобрѣтеніе вещи кѣмъ-либо за наслѣдника посредствомъ пользованія этою вещью—очевидно представляетъ собою отдѣльный случай usucapionis вообще. Значитъ, и въ данномъ случаѣ узукапіентъ становился dominus; но этого мало. По сообщенію Гая (2, 54) нѣкоторое время онъ узукапировалъ всю hereditas, а не только отдѣльныя res hereditariae. Въ указанномъ мѣстѣ Гай (по изданію Хушке) говоритъ слѣдующее:

Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod *olim* rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno: lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est neque corporalis quidem est. (*et*) quamvis *postea* creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.

Срокъ давности, какъ говоритъ Гай, всегда былъ

Digitized by Google

одинаковымъ; всегда полагалась annua usucapio. Это — уже первое отличіе даннаго явленія отъ usucapio вообще. Затѣмъ, болѣе существенная разница между ними состояла въ томъ, что въ прежнее время (olim), согласно сообщенію Гая, узукапіентъ пріобрѣталъ hereditas, т. е. права и обязанности умершаго собственника, а потомъ (postea) нельзя было такимъ путемъ пріобрѣтать hereditas. Очевидно, въ прежнее время узукапіентъ pro herede не былъ вполнѣ изолированнымъ квиритскимъ хозяиномъ, какъ всякій узукапіентъ, такъ какъ на него переходили извѣстнаго рода обязанности со стороны покойнаго хозяина наслѣдственнаго имущества. Вотъ, и спрашивается, почему-же въ древности владѣлецъ pro herede такъ существенно отличался отъ обыкновеннаго узукапіента. Иначе говоря, намъ предстоитъ отвѣтить на вопросъ: какіе мотивы побуждали древнихъ римлянъ обособлять usucapio pro herede отъ обыденной usucapio.

И такъ, однимъ изъ главныхъ вопросовъ является вопросъ о мотивахъ обособленія даннаго института отъ usucapio вообще. Этимъ вопросомъ мы и займемся.

IV) *Мотивы обособленія.* Въ литературѣ предмета представлены различныя объясненія обособленія usucapio pro herede отъ обыкновенной usucapio [1]). Одни видятъ въ этомъ явленіи одинъ изъ промаховъ древней юриспруденціи, другіе исходятъ при толкованіи его изъ общаго понятія о римскомъ наслѣдованіи безъ завѣщанія и т. д. Изложеніе разныхъ объясненій мы начнемъ съ того мнѣнія, по которому взглядъ древней юриспруденціи на usucapio pro herede является ошибочнымъ.

1) *Ошибка древней юриспруденціи* лежитъ, по мнѣнію Хельдера [2]), въ старинномъ взглядѣ на usucapio pro

---

[1]) *Walter*, Geschichte des R. R., II, 309, пр. 48: существуетъ крайне разнообразныя мнѣнія по вопросу объ основаніи usucapio pro herede.

[2]) *Hölder*, l. c., p. 129—137.

Digitized by Google

herede, какъ на usucapio hereditatis. Usucapio pro herede, напротивъ того, говоритъ Хельдеръ, во всякое время представляла собою давностное овладѣніе отдѣльными вещами наслѣдства, res hereditariae; что-же касается выше приведеннаго сообщенія Гая (2, 54) о томъ, что со временемъ (postea) прежній взглядъ (olim — обладаніе наслѣдствомъ) уступалъ мѣсто новому взгляду (обладаніе отдѣльными вещами), то авторъ предлагаетъ понимать его слѣдующимъ образомъ: перемѣна во взглядахъ юриспруденціи не была вызвана соотвѣтствующимъ измѣненіемъ самаго права, а она обусловлена была лишь дальнѣйшимъ прогрессомъ въ пониманіи права; именно, когда стали считать невозможной usucapio hereditatis, тогда и прежній взглядъ былъ признанъ ошибочнымъ.

Таково одно изъ новѣйшихъ мнѣній по нашему вопросу, но оно едва-ли справедливо, такъ какъ аргументацію Хельдера нельзя считать безспорной. Вотъ, какія соображенія приводитъ авторъ въ подтвержденіе своей мысли.

а) Положимъ, кто-нибудь овладѣваетъ наслѣдствомъ, не зная, что оно обременено долгами, — неужели онъ долженъ отвѣчать за долги? Неужели человѣкъ, овладѣвшій отдѣльною вещью, долженъ отвѣтствовать за *часть* долговъ? Вѣдь, трудно такую часть вычислить.—На оба вопроса мы должны отвѣтить утвердительно, ибо, во-первыхъ, правильно или неправильно было воззрѣніе древней юриспруденціи на разсматриваемый юридическій институтъ, во всякомъ случаѣ мы не имѣемъ права отнимать послѣдовательности мышленія у римскихъ юристовъ (строгую консеквентность римскихъ юристовъ ставятъ образцовымъ примѣромъ для современнаго правовѣдѣнія), и во-вторыхъ, переводъ res hereditaria на pars hereditatis не былъ безпримѣрнымъ въ исторіи римскаго наслѣдственнаго права. Можно указать по этому поводу

Digitized by Google

на тотъ случай institutionis heredis ex re certa, когда res certa превращалась въ pars certa [1]).

б) Въ словахъ Гая (2, 54): in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur annua usucapio *remansit*—Хельдеръ видитъ намекъ на то, что на самомъ дѣлѣ и въ древности бывало только овладѣніе вещами наслѣдства.—Приведенныя слова составляютъ заключеніе сложнаго предложенія, въ началѣ котораго Гай задаетъ себѣ вопросъ, почему при данной usucapio существуетъ годичная давность даже тогда, когда объектомъ владѣнія является недвижимое имущество (res soli); затѣмъ, сказавъ что annua usucapio возникла еще при существованіи древняго воззрѣнія (velut ipsae hereditates usucapi credebantur), онъ констатируетъ слѣдующій фактъ: однолѣтняя давность имѣла мѣсто и впослѣдствіи (postea), когда стали полагать, ipsas hereditates usucapi non posse. Такимъ образомъ, въ заключеніи сказаннаго предложенія слова: in omnibus rebus hereditariis etc. имѣютъ отношеніе къ позднѣйшему, а не къ древнѣйшему періоду usucapionis.

в) Гай не ограничивается однимъ пересказомъ послѣдовательнаго измѣненія во взглядахъ на usucapio pro herede; онъ приводитъ также (2, 55) мотивы древняго воззрѣнія на это явленіе: quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri—допускалась usucapio hereditatis съ цѣлью понудить, какъ переводитъ Хельдеръ [2]), *наслѣдниковъ* къ скорѣйшему вступленію въ права наслѣдства. Такую мотивировку Хельдеръ считаетъ «продуктомъ собственной спекуляціи Гая».—Въ виду того, что римскіе юристы, будучи прекрасными догматиками, не обладали хорошими историческими свѣдѣніями, возможно допустить,

---

[1]) *Neuner*, Die heredis institutio ex re certa, 1853, 139; *Padeletti*, die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlasstücke (переводъ), p. 28. Также *Vangerow*, § 449.

[2]) *Hölder*, l. c., 134.

Digitized by Google

что Гаю, дѣйствительно, не были извѣстны настоящіе мотивы стариннаго воззрѣнія; однако изъ этого никакъ не слѣдуетъ, будто такихъ мотивовъ и вовсе не было.— Кромѣ того, по нашему мнѣнію, Хельдеръ неточно переводитъ указанную фразу: quod voluerunt etc. Мы только-что привели содержаніе предъидущаго параграфа (Гай, 2, 54); въ немъ, какъ мы видѣли, Гай сообщилъ объ однообразной annua usucapio для всякаго рода res hereditariae. Далѣе, въ настоящемъ параграфѣ на вопросъ: почему-же была допущена tam improba usucapio — Гай отвѣчаетъ: illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditatem adiri, т. е. она была допущена потому, что древніе юристы хотѣли, чтобы по возможности скорѣе пріобрѣтали наслѣдство. Спрашивается: кого-же имѣли въ виду veteres: узукапіента или наслѣдниковъ? Вопреки Хельдеру, можно думать, что въ этой фразѣ рѣчь идетъ объ узукапіентѣ, такъ какъ въ соотвѣтствующемъ ей вопросѣ говорится объ usucapio, а слово maturius какъ разъ указываетъ на annua usucapio вмѣсто двухлѣтней давности для недвижимыхъ вещей [1]).

Такимъ вбразомъ, приведенныя соображенія не говорятъ въ пользу предположенія Хельдера. И его мнѣніе, допускающее ошибку древняго правовѣдѣнія, вызванную отожествленіемъ hereditas и res hereditariae, каковое нерѣдко встрѣчается въ обыденной жизни (Auffassung des Laien), — это мнѣніе не раздѣляется и рецензентомъ этюда Хельдера, Шерлемъ [2]). Вообще, какъ намъ кажется, только въ томъ случаѣ возможно признать обособленіе usucapio pro herede отъ обыкновенной usucapio въ древности ошибочнымъ, если будетъ доказано, что это обособленіе не только не согласуется, но даже идетъ въ

---

[1]) Съ цитованнымъ параграфомъ изъ Гая мы еще не разъ встрѣтимся.

[2]) Kritische Vierteljahrschrift, Bd. V (neue Folge), p. 219.

Digitized by Google

разладъ съ другими институтами и понятіями древнеримскаго наслѣдственнаго права [1]). Между тѣмъ, другія предположенія о мотивахъ обособленія, высказанныя ранѣе Хельдера, имъ не были оспорены.

Указавъ на несостоятельность отрицательнаго рѣшенія вопроса, мы теперь обратимся къ положительнымъ объясненіямъ, и прежде всего разсмотримъ тотъ мотивъ обособленія, который предлагалъ уже давно Хушке.

2) *Тенденція имѣть наслѣдника*, какъ полагаетъ Хушке, служила исходнымъ пунктомъ древней юриспруденціи при конструкціи usucapio pro herede. Въ общихъ чертахъ Хушке такъ смотритъ на этотъ институтъ.

Usucapio pro herede—цивильный институтъ обычнаго права; путемъ судебной практики выработался и однообразный срокъ давности [2]), а общія положенія о пріобрѣтеніи вещей двумя производными способами (singularum rerum и per universitatem)—нашли себѣ примѣненіе и въ данномъ случаѣ [3]). Именно, долгое время сначала узукапіентъ разсматривался настоящимъ heres; слѣдовательно, существовалъ троякій путь для того, чтобы сдѣлаться heres: на основаніи закона, тестамента и usucapio. А затѣмъ, его положеніе измѣнилось; онъ сталъ пріобрѣтать не hereditas, а лишь res hereditariae, такъ-что узукапіентъ не считался болѣе heres, а только dominus. И въ этомъ отношеніи онъ близко подходилъ къ тому heres ex re certa, который существовалъ рядомъ съ heres ex asse [4]). Перемѣна въ юридическомъ положеніи узукапіента свершилась, по мнѣнію Хушке,

---

[1]) Между прочимъ, самъ Хельдеръ (p. 185) при мотивировкѣ древнихъ институтовъ допускаетъ возможность исторической традиціи, почему и объясненіе Гая, какъ мы видѣли, считаетъ вымышленнымъ.

[2]) *Huschke*, l. c., p. 147.

[3]) Ibid., 150.

[4]) Ibid., 158—160.

Digitized by Google

при слѣдующихъ обстоятельствахъ [1]). Въ древности внѣшняя и внутренняя сторона имущества (das Aeustere und Innere des Vermögens), res hereditatiae и hereditas, на столько были нераздѣльны, что даже недвижимое имущество называлось heredium, но впослѣдствіи, съ одной стороны, преторъ посредствомъ своей bonorum possessio сталъ сглаживать различіе между названными двумя сторонами (hereditas и bona), а съ другой стороны, usucapio pro herede удалялась отъ usucapio hereditatis по мѣрѣ того, какъ обнаруживался контрастъ между идеальнымъ содержаніемъ наслѣдства, состоящаго изъ помѣстья, домовъ, товарныхъ складовъ и проч., и отдѣльными вещами, входящими въ составъ такого наслѣдства. Hereditas, какъ res incorporalis, не могла быть болѣе объектомъ usucapionis; между тѣмъ, res hereditariae только и возможно стало узукапировать. Наконецъ, по вопросу о томъ, на какомъ основаніи была допущена древняя usucapio, Хушке говоритъ слѣдующее [2]): первоначальное основаніе заключалось въ томъ, что если heres по какой-либо причинѣ—особенно изъ боязни отвѣтить за многочисленные sacra и долги—медлилъ принятіемъ наслѣдства, а кто-нибудь изъ близкихъ людей къ умершему вступалъ во владѣніе въ интересахъ покойнаго, чтобы спасти его честное имя (Heil und Ehre) въ глазахъ боговъ и людей, т. е. чтобы уплатить sacra и долги,—то сначала смотрѣли на такого владѣльца, какъ на замѣстителя наслѣдника. Однако впослѣдствіи, когда было обращено вниманіе на то, что очень часто узукапіеты предпочитали свои собственные интересы интересамъ умершаго хозяина (possessio стала improba et lucrativa), тогда преторъ явился на помощь съ bonorum-

---

[1]) Ibid., 158—160.
[2]) Ibid., 204 и слѣд.

Digitized by Google

possessio; и мало по малу лучшія свойства (die guten Kräfte) pro herede pos. переходили въ bonor. pos., а improba usucapio pro herede продолжала существовать до Адріана, какъ косвенная мѣра понужденія наслѣдника поскорѣе принять наслѣдство.

Такимъ образомъ, по предположенію Хушке, тенденція древнихъ римлянъ оставлять по себѣ наслѣдника, который охранялъ-бы честное имя покойнаго наслѣдодателя, служила мотивомъ обособленія usucapio pro herede отъ usucapio вообще до тѣхъ поръ, пока не замѣтили, что надъ этой тенденціей беретъ перевѣсъ стремленіе узукапіента попользоваться чужимъ добромъ (Habgier).

Въ характеристикѣ юридическаго положенія узукапіента, представленной Хушке, можно сдѣлать три оговорки.

Во-первыхъ, вторичное положеніе узукапіента Хушке сравниваетъ съ положеніемъ heredis ex re certa рядомъ съ heres ex asse, причемъ указываетъ на слѣдующія мѣста источниковъ: l. 35 pr. D. 28. 5 и l. 13. C. 6. 27. Такое сравненіе имъ сдѣлано для того, чтобы показать, что узукапіентъ во второмъ фазисѣ болѣе уже не heres, а лишь dominus, какъ и heres ex re certa на ряду съ heres ex asse не является наслѣдникомъ; между тѣмъ, благодаря солидному изслѣдованію Нейнера, вышедшему въ свѣтъ послѣ статьи Хушке (1853 г.), господствующее ученіе теперь признаетъ, что и въ указанныхъ фрагментахъ heres ex re сохраняетъ свое качество heredis [1]). Впрочемъ, такъ какъ comparaison n'est

---

[1]) Въ fr. 35 pr. D. 28. 5 рѣчь идетъ о назначеніи нѣсколькихъ heredes на res certae. Содержаніе этого фрагмента состоитъ изъ 3 частей: 1) сначала Ульпіанъ предлагаетъ такой вопросъ: завѣщатель назначилъ 2 наслѣдниковъ, одного на res Italicae, а другого на res provinciales; кому изъ нихъ долженъ принадлежать товаръ, который, бу-

Digitized by Google

pas raison, слѣдуетъ только признать приведенную аналогію Хушке неподходящей, не имѣющей ничего общаго съ положеніемъ узукапіента, но вмѣстѣ съ тѣмъ не приносящей вреда характеристикѣ послѣдняго.

Во-вторыхъ, нельзя оставить безъ возраженія воззрѣніе Хушке, по которому въ прежнее время hereditas понимали уже въ смыслѣ идеальнаго цѣлаго (наслѣдство), а потомъ только обнаружилась рознь между понятіемъ о наслѣдственномъ имуществѣ (res hered.) и наслѣдствомъ (hereditas). Этому воззрѣнію можно противопоставить слѣдующіе доводы. Различіе между universitas и отдѣль-

---

дучи купленъ въ провинціи на деньги, высланныя изъ Италіи, не доставленъ еще въ Италію, и затѣмъ онъ говоритъ вообще о конкуренціи coheredum ex re certa; dicebam, receptum esse.... ita igitur res accipietur, при чемъ для поясненія сказаннаго Ульпіанъ приводитъ опять примѣръ: два наслѣдника, назначенные ex re certa (одинъ—ex fundo Corneliano, другой—ex fundo Liviano) считаются heredes aequis ex partibus, quasi sine partibus scripti. Наконецъ, 3) онъ возвращается къ вышепоставленному вопросу. Замѣтивъ, что и въ этомъ случаѣ примѣняются вполнѣ общія разсужденія, онъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что товаръ, купленный въ провинціи на деньги, высланныя изъ Италіи, долженъ принадлежать къ res Italicae. До Нейнера полагали (Франке, Мюленбрухъ, Бухгольцъ), что въ приведенномъ фрагментѣ Ульпіанъ разумѣлъ конкуренцію heredis ex re съ heres ex parte (тоже Хушке), а Нейнеръ правильно установилъ, что Ульпіанъ имѣлъ въ виду конкуренцію coheredum ex re. Въ данномъ случаѣ heredes ex re разсматривались heredes sine partibus scripti; а res certa получали они или въ формѣ прелегата, или въ видѣ молчаливаго преФидеикомисса (Neuner, l. c., 146, 147).

Въ l. 13. C. 6. 24 помѣщается конституція Юстиніана, въ которой говорится о конкуренціи heres ex re съ heres ex parte vel sine parte. Эта конституція породила массу разнорѣчивыхъ толкованій. Здѣсь, конечно, не мѣсто входить въ подробности по этому вопросу. Замѣтимъ только, что положеніе heredis ex re представляется крайне спорнымъ; такъ, одни приравниваютъ его къ легатарію (Accursius, Padelletti и проч.); другіе полагаютъ, что онъ оставался heres (напримѣръ, Neuner, Schwing).

Digitized by Google

ными составными частями его, какъ говоритъ Дернбургъ [1]), древнѣйшей юриспруденціи, конечно, не было извѣстно; старинная юриспруденція не допускала мысли, что наслѣдство, которое представляется въ видѣ матеріальныхъ вещей, не есть все-таки вещь матеріальная, а понятіе объ имуществѣ (Vermögensbegriff.). Только классическая юриспруденція выработала понятіе о hereditas, какъ объ идеальномъ цѣломъ, отличивъ его отъ составныхъ частей [2]).

Въ-третьихъ, неясной кажется мотивировка обособленія usucapio pro herede отъ обыкновенной usucapio. Выходитъ такъ: сначала люди вѣрили, что узукапіентъ дорожитъ репутаціей наслѣдодателя, почему его возводили въ наслѣдники, а потомъ онъ изъ вѣры вышелъ. Почему-же? Неужели по той причинѣ, что прежде люди были добросовѣстнѣе, честнѣе, а потомъ ихъ обуялъ духъ наживы (Habgier). Положимъ, говорятъ, въ доброе старое время люди серьезно полагали, что когда-то на землѣ былъ золотой вѣкъ, но теперь такая гипотеза иначе называется сказкою.—Кромѣ того, хотя Хушке и заявляетъ о томъ, что die guten Kraefte usucapionis pro herede перешли къ bonorum possessio, однако не видно, какія обстоятельства были тому причиною. Вѣдь, не считать-же въ самомъ дѣлѣ таковою причиною возникшій духъ наживы [3]).

Другіе писатели, вмѣсто того, чтобы объяснять ка-

---

[1]) *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Compensation, 2-е изд. 119 и 120.

[2]) А изъ обыденной жизни никогда не удалось устранить прежній взглядъ; это видно изъ словъ одного друга Сенеки (Seneca, De benefic. 6. 5): quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

[3]) *Лейстъ*, Besitz, 342, остроумно замѣчаетъ, что у Хушке usucapio pro herede выглядитъ болѣе благотворительнымъ (pictätsvoller), чѣмъ юридическимъ институтомъ.

Digitized by Google

кое-нибудь явленіе древне-римскаго права съ точки зрѣнія общихъ юридическихъ принциповъ, довольно спорныхъ и неустановившихся (понятіе о hereditas, наслѣдствѣ, до сихъ поръ опредѣляется крайне разнообразно; точно также открытой остается тенденція древнихъ римлянъ оставлять по себѣ наслѣдника),—обращаютъ вниманіе при характеристикѣ этого древняго явленія на его отношеніе къ другимъ одновременнымъ и однороднымъ ему явленіямъ. Такъ поступаютъ, напримѣръ, въ данномъ случаѣ Лейстъ, Van-Wetter, Фойхтъ и др.

3) *Отсутствіе tempus deliberandi*, по Лейсту, вызвало обособленіе usucapio pro herede отъ общаго ученія объ usucapio [1]).

Древнему праву не было извѣстно tempus или spatium deliberandi; этотъ пробѣлъ пополняли два института: cretio и usucapio pro herede. Cretio—назначеніе срока для принятія наслѣдства наслѣднику по завѣщанію, ususapio побуждала наслѣдника по закону вступить въ наслѣдство (Гай 2, 55: maturius hereditates adiri) подъ страхомъ потери его въ пользу посторонняго человѣка, узукапіента, буде онъ медлилъ принятіемъ наслѣдства въ теченіе года. Особенно подробно Лейстъ говоритъ объ usucapio pro herede. По его мнѣнію, usucapio имѣла такое значеніе, пока римляне неубѣдились [2]), что этотъ институтъ очень непрактичный и крайне неестественный (unnatührlich). Непригодной на практикѣ usucapio оказывалась тогда, когда бывало нѣсколько узукапіентовъ на предметы одного и того-же наслѣдства; въ этомъ случаѣ понтифамъ и кредиторамъ очень затруднительно было-бы разсчитывать пропорціональную отвѣтственность за sacra и за долги. Неестественной usucapio была при-

---

[1]) *Leist*, Die donorum possessio, 1844, 1-й т. §§ 4—8.
[2]) Ibid., 38—41.

Digitized by Google

знана въ томъ смыслѣ, что объектъ владѣнія (res hereditatiae) не совпадалъ съ объектомъ usucapio pro herede (hereditas). По указаннымъ причинамъ потомъ противорѣчіе было устранено (Гай, 2, 54: ipsas hereditates usucapi non posse), а все остальное продолжало существовать по прежнему (in omnibus rebus hereditariis annua usucapio remansit). Такимъ образомъ, usucapio pro herede болѣе не удовлетворяла старой потребности, ради которой она была введена сначала: пополнять отсутствіе tempus deliberandi по древнему праву. И вотъ, на помощь явился преторъ; онъ постарался ввести институтъ, подобный древней usucapio pro herede, имѣя въ виду дать наслѣднику tempus deliberandi, по истеченіи котораго другой могъ-бы занять его мѣсто. Такъ возникли edictum successorium и bonorum possessio.

Мы представили ходъ мыслей Лейста въ послѣдовательномъ порядкѣ [1]). Противъ его соображеній можно сказать слѣдующее.

Во первыхъ указаніе Лейста въ подтвержденіе его мысли о понужденіи наслѣдника принять hereditas на слова Гая: maturius hereditates adiri—это указаніе неубѣдительно, ибо, какъ мы прежде видѣли, правильнѣе иначе толковать слова Гая, разумѣя подъ ними желаніе древнихъ юристовъ, чтобы узукапіенты (а не наслѣдники) по возможности скорѣе пріобрѣтали наслѣдство [2]).

Во-вторыхъ, предположеніе Лейста не выясняетъ, почему-же въ древности иначе была поставлена usucapio pro herede, чѣмъ впослѣдствіи. Въ самомъ дѣлѣ, если на этотъ институтъ смотрѣть, какъ на косвенную

---

[1]) Мнѣніе Лейста раздѣляетъ также *Вальтеръ*, Geschichte des R. R., II, § 670; *Rein*, Das Privatrecht der Römer., p. 830. Того-же воззрѣнія придерживается *Sehilling*, Institutionen. 1837 г., p. 571, *Keller*, Institutionen, 1861 г., § 27, p. 249.

[2]) См. выше, стр. 231.

Digitized by Google

мѣру понужденія наслѣдника къ aditio hereditatis, то спрашивается, зачѣмъ-же обособлять его отъ usucapio вообще, т. е. ставить узукапіента въ положеніе heredis. Вѣдь, heres cunctator одинаково рискуетъ остаться не при чемъ, будетъ-ли узукапіентъ heres или просто dominus.

4) *Потребности въ актѣ пріобрѣтенія наслѣдства*, замѣчаетъ Фойхтъ [1]), удовлетворяла usucapio hereditatis. Sui heredes пріобрѣтали hereditas ipso jure, а extranei heredes (ex testamento и ab intestato) доставали наслѣдство посредствомъ usucapio hereditatis.—Конечно, и этой потребности могъ удовлетворять разсматриваемый институтъ. Тогда, когда человѣкъ, овладѣвшій наслѣдствомъ, былъ heres (legitimus или ex testamento), usucapio закрѣпляла за нимъ окончательно право собственности, въ этомъ случаѣ она была актомъ acquisitio hereditatis. Но кромѣ того, по Гаю (2, 52), бывало и такъ, что человѣкъ забиралъ чужую вещь и, провладѣвъ ею извѣстный періодъ времени, становился не только собственникомъ ея, но и дѣлался отвѣтственнымъ за sacra и долги умершаго хозяина. Тутъ уже не можетъ быть рѣчи объ acquisitio hereditatis.

5) *Средство передать наслѣдство когнатамъ* видитъ въ usucapio hereditatis *Van-Wetter* [2]) Мы прежде видѣли уже, Іерингъ полагалъ, что юриспруденція намѣренно, не допускала successio, чтобы дать возможность когнатамъ получить hereditas. Van-Wetter указалъ и на способъ пріобрѣтенія наслѣдства: посредствомъ annua usucapio. Все это, конечно, могло быть тогда, когда когнатическая система родства установилась. Но, во-первыхъ, въ отсутствіи successio юриспруденція неповинна; во-

---

[1]) *Voigt*, XII Taf., II, 375.

[2]) *Van-Wetter*, Précis de droit romain, I, § 105, p. 382.

Digitized by Google

вторыхъ, естественнѣе приходилось до тѣхъ поръ, пока преторъ не даровалъ права наслѣдованія когнатамъ, позаботиться о тѣхъ законныхъ наслѣдникахъ (агнатахъ), которымъ недостатокъ successio мѣшалъ вступить въ свои права.

И такъ, нельзя сказать, что три изложенныя попытки связать древнюю usucapio pro herede съ однимъ изъ современныхъ этому институту юридическихъ положеній были-бы вполнѣ удачны. Теперь представимъ послѣднюю попытку, которая, какъ намъ кажется, лучше отвѣчаетъ на поставленный вопросъ.

6) *Суррогатъ преемства классовъ и степеней* представлялъ собою первичный видъ usucapio pro herede. Намеки на этотъ мотивъ обособленія usucapio pro herede можно встрѣтить у многихъ писателей. Такъ, тотъ-же Лейстъ, полагавшій центръ тяжести при постановкѣ древней usucapio въ отсутствіи tempus deliberaudi, *между прочимъ*, говоритъ слѣдующее [1]).

Правило древняго наслѣдованія ab intestato, по которому не было successio между тремя классами наслѣдниковъ, значительно видоизмѣнялось тогда, когда позднѣйшій классъ, овладѣвъ res hereditariae, устранялъ предъидущій классъ посредствомъ usucapio pro herede. Этимъ путемъ агнаты и гентилы имѣли возможность получать наслѣдство, такъ что выгоды отъ usucapio pro herede отражались на позднѣйшихъ классахъ. Sohm въ своихъ институціяхъ [2]) замѣчаетъ, что по цивильному праву существовала единственная delatio hereditatis при successio ab intestato. Если же и такая delatio бывала безуспѣшной, то наслѣдство получалъ, быть можетъ, наслѣдникъ посредствомъ usucapio pro herede.

Нѣкоторые писатели даютъ болѣе широкое обосно-

---

[1]) *Leist*, Bon. Pos., I, p. 37.

[2]) *Sohm*, Institutionem des röm. R. p. 338.

Digitized by Google

ваніе для старой usucapio. Пухта [1]), напримѣръ, говоритъ, что usucapio hereditatis была для посторонняго человѣка, котораго не призывали къ наслѣдованію ни lex, ни testamentum, — средствомъ сдѣлаться наслѣдникомъ; иначе говоря, то былъ суррогатъ, неизбѣжный при ограниченности древне-цивильнаго права наслѣдованія. Вмѣстѣ съ тѣмъ и когнаты были въ состояніи овладѣть наслѣдствомъ.

Кунце [2]) полагаетъ, что usucapio hereditatis давала возможность лицамъ, близкимъ къ умершему человѣку, безотносительно агнатическаго начала, вступить въ обладаніе его имуществомъ съ цѣлью оставить въ сохранности наслѣдственныя права. Такимъ образомъ, этотъ институтъ былъ дополненіемъ агнатическаго наслѣдованія [3]), а также хорошимъ исходомъ въ случаѣ сомнительной дѣйствительности или явной недѣйствительности тестамента.

И такъ, въ литературѣ имѣется уже, между прочимъ, мнѣніе, что usucapio hereditatis была вызвана отсутствіемъ преемства классовъ и степени по цивильному праву. Что же касается предположенія, будто этотъ же институтъ открывалъ возможность и когнатамъ пріобрѣтать наслѣдство, то, конечно, нѣтъ ничего невѣроятнаго въ такомъ предположеніи; только, по всей вѣроятности, сказанное явленіе имѣло мѣсто значительно позже изданія XII таблицъ, такъ какъ когнатическое родство получило признаніе во второй половинѣ республики. Слѣдовательно, въ ближайшую эпоху послѣ XII таблицъ usucapio pro hereditatis примѣнялась, вѣрнѣе всего, *среди агнатовъ*.

---

[1]) *Puchta*, Cursus der Institutionem, § 315.

[2]) *Kuntze*, Excurse über röm. Recht, p. 617.

[3]) По *Лассалю*, System, II, p. 390—396, usucapio pro herede является, такъ сказать, суррогатомъ въ квадратѣ — суррогатомъ суррогата (ein-

Digitized by Google

Значеніе первичной usucapio pro herede, въ качествѣ суррогата преемства классовъ и степеней, мы поставляемъ на первый планъ. Такъ какъ прямаго указанія на это положеніе нѣтъ въ источникахъ римскаго права, то для того чтобы уяснить себѣ, насколько usucapio удовлетворяла потребности въ successio ord. et grad., познакомимся съ характеристикой usucapio pro herede.

Предстоящую характеристику мы называемъ спеціальною, потому что мы будемъ говорить особо объ usucapio hereditatis и usucapio rerum hereditariarum.

V) *Спеціальная характеристика.* Изъ предъидущаго намъ извѣстно, что usucapio pro herede въ исторіи римскаго права являлась въ двухъ видахъ: сперва въ видѣ usucapio hereditatis, а потомъ въ видѣ usucapio rerum hereditariarum. Такъ какъ первый видъ насъ интересуетъ болѣе втораго, мы и разсмотримъ овладѣніе наслѣдствомъ благодаря давности подробнѣе, чѣмъ давностное овладѣніе наслѣдственными вещами.

1) Давностное обладаніе наслѣдствомъ (usucapio hereditatis).

Нашему изслѣдованію подлежитъ цѣлая серія вопросовъ: когда возникъ разсматриваемый институтъ, какая требовалась продолжительность владѣнія, кто бывалъ узукапіентомъ, каковъ объектъ владѣнія, въ чемъ заключалась и на кого возлагалась сакральная повинность, неизбѣжно сопутствующая usucapio hereditatis, и наконецъ, при какихъ обстоятельствахъ преобразовалась usucapio hereditatis.

а) *Возникновеніе института.* Когда возникла usucapio hereditatis — прямаго отвѣта въ источникахъ римскаго права не находится. Судя по словамъ Гая (2, 54:

Subsidiäres des Subsidiären), причемъ подъ вторымъ суррогатомъ разумѣется Intestaterbrecht.

Digitized by Google

olim.... 2, 55 veteres voluerunt), есть основаніе полагать, что она практиковалась въ то время, когда жили veteres, а подъ veteres или veteres juris auctores разумѣются юристы, дѣйствовавшіе въ цивильную эпоху римскаго права (главнымъ образомъ, отъ XII таблицъ до императорскаго періода [1]). Изъ какого источника явился этотъ институтъ — тоже неизвѣстно. Былъ-ли спеціальный lex, мы не знаемъ. Лейстъ замѣчаетъ, что, вѣроятно, такого закона не было, ибо иначе Гай не преминулъ-бы сообщить о немъ [2]). Хушке, какъ мы видѣли, предлагаетъ считать его институтомъ обычнаго права, который находилъ себѣ охрану въ судебной практикѣ [3]). И большая часть юристовъ склонны думать, что римская юриспруденція поддерживала въ жизни usucapio hereditatis [4]). Такъ, вѣроятно, и было. За неимѣніемъ successio ordinum et graduum, наслѣдственное имущество, не принятое однимъ наслѣдникомъ по закону, оставалось вакантнымъ, такъ какъ не могло перейти къ другому наслѣднику. Послѣдній вступалъ въ фактическое обладаніе наслѣдствомъ, а сакральная юриспруденція защищала его отъ посягательства третьихъ лицъ. Вѣдь, жрецы были и судьями и юристами [5]). Какой интересъ

---

[1]) *Puchta*, Cursus, § 81.—Напримѣръ, въ 6. Cod. 5. 16 эти юристы называются veteres (или по другому чтенію veteris) juris auctores.

[2]) Leist, Bon. Pos. I, 39, пр. 1.

[3]) Huschke, l. c., 146.

[4]) Только Лейстъ (ibid.) сомнѣвается, чтобы *такой* институтъ былъ вызванъ къ жизни одною юриспруденціей; но все недоумѣніе Лейста основано по собственномъ подчеркиваніи словъ *ein solches* Institut.

[5]) До V вѣка н. с. преобладающими, если только не исключительными, юристами въ Римѣ были жрецы; они же были и судьями. Сакраментальный процессъ (жреческая юрисдикція) существовалъ до VI или VII вѣка н. с. Fr. 2 § 6 D de origine juris: omnium tamen harum (legum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis; et fere populus annis prope centum (послѣ XII табл.) hac consuetudine usus erat.

Digitized by Google

имѣли они въ юридической охранѣ узукапіента — объ этомъ мы ниже скажемъ.

б) *Продолжительность владѣнія.* Usucapio полагалась годичной, annua. Понтификальная юриспруденція, основываясь на извѣстномъ законѣ XII таблицъ о срокахъ давности, пріурочивала, по словамъ Гая (2, 54), объектъ usucapio къ ceterae res. Такъ поступали древніе юристы потому, что они желали по возможности ускорить, какъ говоритъ тотъ же Гай (2, 55), пріобрѣтеніе наслѣдства, чтобы было кому отвѣчать за sacra и за долги.

Было-ли основаніе причислять hereditas къ ceterae res? Гай отвѣчаетъ: hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est neque corporalis quidem est. Дѣйствительно, такъ какъ предметомъ hereditatis бываетъ не только fundus, но и другія вещи, то понтифы имѣли поводъ помѣстить объектъ данной usucapio въ разрядѣ ceterae res [1].

Любопытный случай находится въ письмахъ Плинія нѣсколько иллюстрирующій вопросъ о продолжи-

---

[1]) *Хельдеръ* (l. c., 132) такъ объясняетъ себѣ это явленіе: такъ какъ путемъ usucapio посторонняго человѣка heres терялъ не право собственности, а только право преемства (Anwartschaft), то и не было рѣчи въ данномъ случаѣ о недвижимой собственности; вотъ почему, объектъ давностнаго владѣнія подводили подъ ceterae res.

Хушке l. c., 152, пр. 9) считаетъ сказанное толкованіе древнихъ юристомъ черезчуръ формальнымъ толкованіемъ (ganz äusserliche Auslegung).

Кунце (Excurse, 617) ставитъ hereditatis usucapio рядомъ съ rerum usucapio, съ usus, влекшимъ за собою manus mariti и рядомъ со старой servitutis usucapio. Въ древнѣйшее время usucapio hereditatis сопоставлялась съ usucapio mobilium, какъ о томъ свидѣтельствуетъ Гай; съ annua perseveratio in domo mariti usuc. hered. имѣетъ то общее, что въ обоихъ случаяхъ бывало пріобрѣтеніе имущества (eines Vermögensganzen); ususapio servitutis можно сопоставить съ usuc. here-

Digitized by Google

тельности владѣнія наслѣдствомъ[1]). Случай такого рода: нѣкая завѣщательница (Pomponia Gratilla) назначила Плинія наслѣдникомъ въ ущербъ своему сыну, котораго она лишила наслѣдства. Filius exheredatus обращается съ querela inofficiosi testamenti въ judicium centumvirale, а Плиній на его притязанія возражаетъ ему: въ качествѣ exheredatus, ты долженъ быть доволенъ, что получаешь четвертую часть имущества отъ наслѣдниковъ; будь ты назначенъ единственнымъ наслѣдникомъ, лучше не было бы тебѣ, если бы надо было раздавать много легатовъ; scis te non subscripsisse mecum, et jam biennium transisse, omniaque me usucepisse, ты знаешь, что ты (въ сущности) и не пожаловался на меня (subscriptio = inscriptio in nomen, обвинительный актъ[2]), (такъ какъ) прошелъ уже двухлѣтній давностный срокъ и я все узукапировалъ. Данный случай не подходитъ подъ usucapio pro herede[3]). И вотъ почему: уже съ самаго момента aditio hereditatis Плиній, этотъ heres institutus, обязывался отвѣчать за sacra и за долги; уже съ самаго начала овладѣнія наслѣдствомъ, онъ считался heres, между тѣмъ какъ при usucapio pro herede узукапіентъ лишь

---

ditatis по той причинѣ, что оба института потеряли значеніе уже во время республики.—Сопостановка usuc. hereditatis съ usuc. mobilium, безъ сомнѣнія, правильна, ибо не даромъ-же древніе юристы приравнивали первый институтъ ко второму по сроку давности. Что-же касается брака per usum и usucapio servitutis, природа ихъ кажется настолько не соотвѣтствующей usuc hereditatis что, вѣроятнѣе всего, совпаденіе сроковъ давности произошло независимо отъ ихъ солидарности между собою. Оно вызвано было, вѣроятно, тѣмъ, что срокъ давности представлялъ собою самую распространенную единицу времени—1 годъ.

[1]) Plin. ср. 5. 1.

[2]) *Heumann*, Handlexicon. p. 518.

[3]) Плиній жилъ въ I вѣкѣ по Р. Х., когда, какъ мы ниже увидимъ, не существовала уже больше usucapio hereditatis, а была usucapio rerum hereditariarum.

Digitized by Google

черезъ годъ становился heres. А возраженіе Плинія, направленное на прекращеніе спора о правѣ собственности, опиралось на общій способъ пріобрѣтенія квиритской собственности посредствомъ usucapio.

в) *Субъекты*. Въ какое положеніе становился человѣкъ, узукапировавшій hereditas? Мнѣнія немного разнствуютъ. По большей части полагаютъ, что узаканіентъ считался настоящимъ, дѣйствительнымъ heres (echter und wirklicher heres [1]). Особаго мнѣнія Лейстъ; онъ производитъ узаканіента въ званіе *velut-heres*, потому что Гай въ извѣстномъ намъ мѣстѣ выражается: olim rerum hereditariarum possessione *velut* ipsae hereditates usucapi credebantur [2]. Первое мнѣніе намъ представляется болѣе правильнымъ по слѣдующей причинѣ:

аа) Если бы субъектомъ usucapionis былъ suus heres, то, безъ сомнѣнія, онъ сохранялъ бы за собою свое прозваніе; но вслѣдствіе того, что при наличности sui heredis usucapio не допускалась (объ этомъ ниже), узукапіентомъ бывалъ родственникъ изъ втораго класса наслѣдниковъ, а proximus agnatus по буквѣ закона heres не именовался. Однако уже прежде, при анализѣ агнатическаго наслѣдованія нами было замѣчено, что слово heres,—начальная квалификація «своего наслѣдника», не доступная на первыхъ порахъ по буквѣ закона для наслѣдниковъ втораго разряда,—со временемъ сдѣлалось общимъ терминомъ для всякаго рода наслѣдниковъ; редакція же закона децемвировъ оставалась старинною, пригодною и для отдаленной эпохи родоваго быта.

бб) Узукапіентъ на самомъ дѣлѣ былъ универсаль-

---

[1]) *Voigt*, die XII Tafeln, II, 376. Idem *Schenrl*, Beiträge, p. 95. *Rein*, römisches Privatrecht, p. 830 и т. д. *Хушке*, l. c., p. 153, какъ мы видѣли, считаетъ даже usucapio самостоятельнымъ способомъ (на ряду съ lex и testamentum) сдѣлаться heres.

[2]) *Leist*, röm Frbrechtbesitz, p. 172.

Digitized by Google

нымъ преемникомъ наслѣдодателя, потому что, получая активъ его имущества, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ былъ платить долги кредиторамъ, sacra понтифамъ.

вв) Родственникъ, получающій hereditas при помощи другаго суррогата недостающей successio, — in jure cessio hereditatis — назывался heres.

гг) Конструкція Лейста, придуманная въ обходъ буквы закона (узукапіентъ — velut heres), излишня [1]), а слова Гая можно такъ истолковать. Гай недоумѣвалъ, какимъ образомъ владѣлецъ rerum hereditariarum узукапировалъ всю hereditas; не отрицая историческаго факта, онъ объяснялъ его съ современной ему точки зрѣнія, полагая, что древніе юристы объектомъ usucapionis считали velut hereditas. Но недоумѣніе Гая произошло отъ того, что онъ упустилъ изъ виду вышеуказанное нами обстоятельство: понятіе о hereditas, въ смыслѣ идеальнаго цѣлаго, было выработано только въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ.

г) *Объектъ владѣнія.* Предметомъ usucapio hereditatis была, конечно, hereditas; но, какъ мы о томъ прежде говорили, hereditas въ древности не принималась въ смыслѣ universitas, идеальнаго цѣлаго; его понимали конкретно. Правильно Фойхтъ замѣчаетъ: объектомъ давностнаго владѣнія не было право преемства (Successionsrecht), а скорѣе domus familiaque умершаго [2]).

Еще при Цицеронѣ hereditas понималась въ смыслѣ pecunia; такъ, Cicero (Top. 6) опредѣляетъ hereditas, какъ pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure, nec ea aut legata tertamento aut possessione retenta. И въ такомъ смыслѣ hereditas бывала объектомъ usucapionis; это видно изъ рѣчей и писемъ того-же Цицерона:

---

[1]) Лейстъ любитъ прибѣгать къ компромиссамъ при посредствѣ разныхъ частичекъ (velut, quasi). Такъ, при обзорѣ втораго понтификальнаго эдикта мы встрѣтимся съ его quasi—usucapio hereditatis.

[2]) *Voigt*, l. c., 376.

Digitized by Google

Ad Atticum, 1, 5: de Tadiana re Tadius mecum colluctus est, te ita scripsisse, nihil esse jam, quod laboraretur, quoniam hereditas usucapta esset.

Pro Flacc. 34. Si qua tibi in Africa venerit hereditas, usu amittes?

Но въ то время когда жилъ Сенека (1 вѣкъ по Р. Х.), юриспруденція уже отдѣляла, вѣроятно, hereditas отъ pecunia, подводя его подъ понятіе объ universitas; въ то-же время по причинамъ, которыя будутъ ниже указаны, не было больше usucapio hereditatis, а существовала usucapio rerum hereditariarum. Однако для не юриста проще казалось обыденное воззрѣніе на этотъ предметъ; вотъ, почему Сенека считаетъ абсурдной (acutae ineptiae) причину, по которой юристы отличали hereditas отъ ea, quae in hereditate sunt.

Senec de benef. 6. 5. Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt; tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

Наконецъ, надо сказать, для эффекта usucapionis не требуется овладѣніе [1]) всею наслѣдственной массой; достаточно прибрать къ рукамъ major pars pecuniae.

д) *Сакральная повинность*. По свидѣтельству Гая (2, 55), древніе юристы (veteres) покровительствовали узукапіенту въ виду того, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fit, т. е., чтобы было кому отвѣчать за sacra, о которыхъ въ то время много заботились. Прежде чѣмъ говорить спеціально о лицахъ, повинныхъ отвѣчать за sacra, скажемъ нѣсколько словъ о томъ, что разумѣлось подъ именемъ sacra.

аа) *Понятіе о sacra*. Въ первомъ томѣ «Основаній Соціологіи» Спенсеръ подробно говоритъ о вѣрованіяхъ

---

[1]) *Scheurl*, Beiträge, стр. 48 (въ концѣ книги—рецензія на сочиненіе Штинцинга, Usucapionslehre, 1852 г.).

Digitized by Google

первобытнаго человѣка. Онъ обстоятельно разсматриваетъ, какимъ образомъ возникаетъ идея о загробной жизни, какое значеніе въ образованіи этой идеи имѣютъ сновидѣнія и т. д.; говоритъ онъ также о томъ, какъ организуется поклоненіе предкамъ, какъ образуется примитивный культъ. Вообще, первобытный культъ развивается изъ поклоненія умершимъ, и обряды древняго культа передаются отъ одного поколѣнія къ другому.

Таже мысль о развитіи болѣе сложнаго культа изъ культа домашняго (поклоненія предкамъ) въ классическомъ мірѣ основательно проведена въ извѣстномъ сочиненіи Фюстель-де Куланжа „La cité antiqne".

Сначала главными божествами считались сами ближайшіе предки, а потомъ когда на первый планъ выступали, по мѣрѣ развитія общественной жизни, другія общія божества (болѣе отдаленные предки и мн. др.), ближайшіе умершіе стали нуждаться въ заступничествѣ предъ высшими божествами; стали не столько молиться предкамъ, сколько молиться за предковъ.

Подъ именемъ sacra вообще разумѣются всякаго рода религіозныя обряды, жертвоприношенія. Спрашивается въ чемъ же заключались тѣ sacra, которыя переходили по наслѣдству? Лейстъ [1]), основываясь на словахъ Фесга и Цицерона, справедливо замѣтилъ, что главное содержаніе такихъ sacra—забота о поминовеніи умершихъ, поминъ души ихъ.

Циперонъ (de leg. II, 19, 47), говоритъ: ergo, quod (jus) cum religione conjunctum est. Id autem quantulum est. De sacris, credo, de votis, de feriis, de sepulcris, et si quid ejusmodi est.

Подъ feriae разумѣлось время жертвоприношенія, то время, когда справлялись sacra. Невыполненныя vota возлагались, конечно, на наслѣдника [2]); но, какъ еще

---

[1]) Leist, Bon. Pos, I, 10—17.

[2]) Ibid. 13.

Digitized by Google

замѣтилъ Савиньи, едва-ли возможно допустить, чтобы vota исчерпывали собою весь составъ sacra. Исполненіе обѣта—актъ однократный, а, по словамъ того-же Цицерона (De leg. ibid, продолженіе), de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper, deiuceps familiis prodantur, et ut in lege posui, perpetua sint sacra, т. е., забота о sacra заключалась въ томъ, чтобы sacra оставались въ сохранности, продолжали существовать въ семьяхъ и были постоянны. Такимъ образомъ, главнымъ предметомъ сакральной повинности, переходящей по наслѣдству, остаются sepulcra.

По сообщенію Феста, sacra подраздѣлялись на sacra publica и privata. Sacra, о которыхъ теперь рѣчь идетъ, большинство ученыхъ причисляютъ къ тѣмъ, quae pro singulis hominibus fiunt [1]), а при перечисленія этихъ sacra (privatae feriae) Фестъ называетъ dies natales, operationis и denicales. Dies перваго и втораго рода не имѣютъ отношенія къ покойному наслѣдователю; другое дѣло—dies denicales. Denicales (feriae) означаютъ торжество, совершавшееся по смерти какого-нибудь римлянина. Происхожденіе этого слова Цицеронъ такъ объясняетъ (de leg., II, 22, 55): denicales — quae a nece appellatae sunt, qua resideut mortui (по другому чтенію: quia residentur mortuis), т. е., слово denicales происходитъ отъ nex, гибель, отъ которой избавлялись умершіе.

Надзоръ за всякими sacra принадлежалъ понтификальной коллегіи. Такъ, по разсказу Тита Ливія (I, 20), царь Нума eique (избранному имъ понтифу) sacra omnia exscripta exsignataque adtribuit, quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent, atque unde in eos sump-

---

[1]) Ульпіанъ говоритъ (1. § 2. D. 50. 12): voti enim obligationem ad heredem transire constat. Лассаль (System, II, 28), исходя изъ своего воззрѣнія на наслѣдованіе, какъ на преемство воли, ограничиваетъ составъ sacra одними vota. Исполненіе обѣтовъ (Realisation der vota) представляло собою sacra, говоритъ онъ.

Digitized by Google

tus pecunia erogaretur, т. е., понтифамъ были предоставлены не только всѣ sacra, но имъ дано было также право открывать источники на покрытіе сакральныхъ расходовъ. Въ той-же главѣ Ливія упоминается о томъ, что понтифы заботились о смягченіи участи душъ усопшихъ: cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis (Numa) subjecit... nec caelestes modo caeremonias sed justa quoque funebria placandosque manes ut idem pontifex edoceret [1]).

Упомянувъ, такимъ образомъ, коротко о характерѣ sacra, переходившихъ по наслѣдству, мы остановимся теперь на подробномъ перечнѣ лицъ, повинныхъ отвѣчать за sacra.

бб) *Лица, повинныя отвѣчать за sacra.* Естественно, прямые наслѣдники (heredes) обязаны были давать часть имущества понтифамъ на поминъ души покойнаго наслѣдодателя. Такое требованіе понтифовъ, по словамъ

---

[1]) Обязанность родственниковъ, принимающихъ наслѣдство, давать часть имущества на поминъ души покойнаго, была извѣстна и другимъ древнимъ правамъ. Вотъ, что мы читаемъ, напримѣръ, въ книгѣ извѣстнаго русскаго историка Неволина (исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ, III).

Стр. 339: Постановленіе Русской Правды, чтобы изъ имѣнія умершаго была даваема извѣстная часть по душѣ умершаго, можетъ быть, находится въ связи съ древнѣйшимъ обычаемъ, подмѣченнымъ у Руссовъ Ибнъ-Фоцланомъ (арабскимъ писателемъ X вѣка). Но сила утвердившагося христіанства сама по себѣ достаточна была произвесть это постановленіе, и оно дѣйствовало до позднихъ временъ. Законъ не опредѣлялъ, какую часть имѣнія умершаго надлежало давать по душѣ его; опредѣленіе этого предоставлялось совѣсти наслѣдниковъ и наблюденію церковной власти.

Затѣмъ въ Уложеніи 1649 г. (гл. 17, ст. 2) говорится слѣдующее: а будетъ судомъ божіимъ и дочерей (у умершаго вотчинника) не станетъ и тѣ вотчины въ родъ отдавати кто ближе того роду вотчичемъ, а имъ за тѣ вотчины деньги давати по умершаго душѣ въ вѣчный поминокъ по уложенью.

Digitized by Google

Цицерона, было вполнѣ справедливо (heredum caussa justissima est), ибо наслѣдникъ ближе всего стоитъ къ умершему человѣку, (nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat). Но жрецы не довольствовались сакральной контрибуціей съ однихъ heredes; въ ихъ интересахъ было, конечно, по возможности, расширить сакральную повинность. Вскорѣ, какъ выражается Савиньи [1]), понтифы выставили принципъ, по которому сакральная повинность переходитъ съ личности на имущество: кто пріобрѣтаетъ право квиритской собственности на посмертное имущество, тотъ отвѣчаетъ и за sacra. Въ этомъ отношеніи сказанная повинность близко подходила къ налогамъ, которые взимались не со всякаго имущества, а только съ квиритской собственности. О такомъ принципѣ нѣсколько разъ упоминаетъ Цицеронъ въ томъ-же разсужденіи de legibus [2]).

Сакральныя пошлины были высоки. Впрочемъ, необыкновенная дороговизна римскихъ sacra privata, по словамъ Мэна, составляетъ черту, присущую и понынѣ существующему культу предковъ [3]).

Понтифы взимаютъ sacra не только съ наслѣдниковъ по закону или по завѣщанію и лицъ, которымъ завѣщатель что-либо отказываетъ но и съ узукапіентовъ.

---

[1]) *Savigny*, vermischte Schriften I, 152.

[2]) Такъ, у него говорится: sacra cum pecunia pontificum auctoritate, mulla lege, conjuncta sunt.—Или: Et his esset ea (memoria sacrorum) adjuncta, ad quos ejusdem (patrisfamilias) morte pecunia venerit.—Еще также: Videtis igitur, omnia pendere ex uno illo, quod pontifices pecuniam sacris conjungi volunt.—Pecunia означаетъ всякое имущество; pecuniae significatio ad ea referatur, говоритъ Павелъ, (5 D. 50. 16) quae in patrimonio sunt.—Объ этомъ Savigny, l. c., прим. 3.

[3]) Мэнъ, древній законъ и обычай, стр. 60. Примѣры изъ жизни китайцевъ, индусовъ.

Digitized by Google

Однако, не всякій узукапіентъ повиненъ платить sacra, а лишь тотъ, который овладѣваетъ наслѣдственнымъ имуществомъ (res hereditariae). А кто вѣрнѣе всего былъ такимъ узукапіентомъ? Слѣдующій наслѣдникъ по закону не имѣющій права при отсутствіи successio ordinum et graduum, въ качествѣ heres, вступить въ наслѣдство, отъ котораго отказывался или не принималъ предъидущій наслѣдникъ. При томъ-же онъ какой-бы то ни было (хотя и отдаленный) родственникъ умершаго хозяина; слѣдовательно, скорѣе на немъ, чѣмъ на комъ-либо другомъ, лежала нравственная обязанность давать на поминъ души покойнаго. И такой узукапіентъ обособлялся отъ обыкновенныхъ узукапіентовъ. Понтифы, эти примитивные юристы и судьи, вводили его въ наслѣдственныя права, за нимъ закрѣплялась hereditas. Въ этомъ смыслѣ понтифы дѣйствовали, какъ и позднѣйшіе юристы, adjuvandi juris civilis gratia.

По аналогіи съ преторскими эдиктами, оповѣщенія понтифовъ о взиманіи sacra называются романистами понтификальными эдиктами[1]). По Цицерону, вышло два такихъ эдикта; въ нихъ перечисляются лица, обязанныя платить sacra. Такъ какъ нѣкоторыя выраженія эдиктовъ породили довольно разнорѣчивыя толкованія ихъ въ современной литературѣ, то мы подробнѣе разсмотримъ эти эдикты. Сперва скажемъ о томъ и другомъ эдиктѣ въ отдѣльности, а потомъ сравнимъ ихъ между собою.

α) *Первый эдиктъ.*

Время изданія его достовѣрно неизвѣстно. На основаніи двухъ выраженій Цицерона (de legibus):

20, 49: Haec nos a Scaevola didicimus, non ita descriptum est ab antiquis—сообщивъ содержаніе втораго

---

[1]) *Leist*, der Erbrechtsbesitz, 174: понтифы—предшественники юрисдикціи преторовъ; ежегодно назначался pontifex, qui praeesset privatis.

Digitized by Google

эдикта,—Цицеронъ замѣчаетъ, что о немъ мы узнаемъ отъ Сцеволы, а въ древности былъ другой порядокъ. *21, 52*: Placuit P. Scaevolae et Coruncanio, pontificibus maximis....

На основаніи приведенныхъ выраженій (изъ перваго явствуетъ, что въ дѣлѣ изданія втораго эдикта принималъ дѣятельное участіе Сцевола, а во второмъ выраженіи, послѣ сообщенія содержанія перваго эдикта, рядомъ съ именемъ Сцеволы поставлено имя Корунканія) можно полагать, что первый эдиктъ былъ изданъ въ то время, когда жилъ первый понтифексъ изъ плебеевъ, извѣстный Тиберій Корунканій, т. е. въ концѣ V в. u. c. Лейстъ считаетъ даже Корунканія авторомъ этого эдикта [1]).

Текстъ эдикта по Цицерону: tribus modis sacra adstringi: hereditate, aut si majorem partem pecuuiae capiat, aut si major pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit.

Такимъ образомъ, имѣется троякаго рода отвѣтственность за sacra; иначе говоря, три класса лицъ участвуютъ въ сакральной повинности.

Первый классъ—heredes. Всѣ романисты безусловно относятъ сюда настоящихъ прямыхъ цивильныхъ наслѣдниковъ, heredes. Кромѣ того, Фойхтъ [2]) къ этому-же классу причисляетъ еще узукапіентовъ на томъ основаніи, что, какъ мы видѣли, по мнѣнію Фойхта, usucapio hereditatis является однимъ изъ актовъ пріобрѣтенія наслѣдства. Однако, мы имѣли уже случай замѣтить, что далеко не всегда на usucapio hereditatis можно было смотрѣть такимъ образомъ. Съ точки мнѣнія Фойхта къ первому классу относились лишь тѣ узукапіенты, которые и безъ того уже были heredes [3]).

---

[1]) Ibid, 177.

[2]) *Voigt*, XII Taf., II, 376, прим. 23.

[3]) *Лейстъ* сначала (Bon. Pos., I, 44) присоединялъ къ первому

Digitized by Google

Второй классъ, вслѣдствіе неопредѣленной редакціи эдикта, сообщенной Цицерономъ, возбудилъ разнорѣчивыя толкованія. Замѣчательно, что при этихъ толкованіяхъ романисты исчерпали, кажется, всевозможныя комбинаціи; всякихъ лицъ, какія чѣмъ-либо могли проявить свое право участія въ посмертномъ имуществѣ (за исключеніемъ, конечно, вышеназванныхъ heredes и легатаріевъ, упомянутыхъ въ 3-мъ классѣ) они подводили подъ формулу: aut si majorem partem pecuniae capiat. Назовемъ эти комбинаціи.

Во-первыхъ, *Хельдеръ* утверждаетъ [1]), что въ приведенныхъ словахъ эдикта скрывается mortis causa donatio. Прямыхъ доказательствъ онъ не приводитъ, а косвенныя указанія видитъ онъ въ редакціи втораго класса втораго эдикта (qui *morte testamentove* ejus tantundem *capiat*...). По Хельдеру, второй классъ втораго эдикта включаетъ въ себѣ второй и третій классы перваго эдикта; именно, третій классъ (легатарій) нашелъ себѣ выраженіе въ словахъ: testamentove capiat, а второму классу соотвѣтствуетъ предложеніе: morte capiat. Такимъ образомъ, въ лаконической фразѣ: aut si majorem partem pecuniae capiat можно прибавить *morte* capiat, а подъ mortis causa capio Хельдеръ и разумѣетъ въ данномъ случаѣ mortis causa donatio. — Не говоря уже о томъ, что сказанная аргументація Хельдера отличается натяжкою (petitio principii), само предположеніе его страдаетъ анахронизмомъ. Согласно господствующему воззрѣнію, mortis causa donatio, въ качествѣ самостоятельнаго юридическаго института, появилась въ императорскомъ періодѣ. Знаменитому Лабеону приписываютъ иниціативу

классу узуканіентовъ всей hereditas, но потомъ (Der Erbrechtsbesitz, 177 ff.) онъ относилъ ихъ исключительно ко второму классу.

[1]) *Hölder*, Beiträge, VIII, Die Haftung für die Sacra, p. 139 ff.

Digitized by Google

прочной постановки этого института [1]). Слѣдовательно, въ эпоху изданія перваго эдикта о mortis causa donatio не могло быть и рѣчи.

Во-вторыхъ, Лассаль [2]) на первый планъ поставляетъ во второмъ классѣ bonorum possessores и рядомъ съ ними полагаетъ, между прочимъ, узукапіентовъ. Сакральная повинность, по мнѣнію Лассаля, обусловлена была по первому эдикту пріобрѣтеніемъ цивильнаго наслѣдства, hereditas; если-же цивильныхъ наслѣдниковъ не было, въ такомъ случаѣ она падала на преторскихъ наслѣдниковъ, bonorum possessores.— Но едва-ли подъ второй классъ разсматриваемаго эдикта подходили bonorum possessores. Дѣло въ томъ, что какого-бы мнѣнія о происхожденіи bonorum possessio мы не держались [3]), во всякомъ разѣ мы должны имѣть въ виду, что развитіе творческой дѣятельности преторовъ относится къ концу республики, VI и VII столѣтіямъ [4]). Тому-же времени принадлежитъ и основное преобразованіе наслѣдственнаго права, появленіе bonorum possessores, въ качествѣ такихъ же самостоятельныхъ прямыхъ наслѣдниковъ, какъ и heredes [5]). Между тѣмъ, изданіе перваго понтификальнаго эдикта было гораздо раньше, въ кон-

---

[1]) *Кунце*, напримѣръ (Excurse, 654), сопоставляетъ motris causa donatio съ фидеикомиссами, als geschichtliche Geschwister (по мотивамъ ихъ возникновенія).

[2]) *Lassalle*, System der erworbenen Rechte, II, 37—40.

[3]) А этихъ мнѣній въ настоящее время имѣется большой выборъ; они сведены въ разныхъ учебникахъ, напримѣръ, у Данца, Geschichte, § 176.

[4]) *Sohm*, Institutionen (§ 14, Das praetorische Edict), p. 39.

[5]) *Sohm*, ibid., 328—337, высказываетъ оригинальное мнѣніе о происхожденіи bonorum possessio. Bon. pos. было въ древности судебнымъ вводомъ во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ; сначала оно явилось juris civilis adjuvandi gratia, затѣмъ съ дальнѣйшимъ развитіемъ преторской дѣятельности оно стало juris civilis supplendi gratia, и, наконецъ, juris civilis corrigendi gratia.

Digitized by Google

цѣ V вѣка. Слѣдовательно, понтифы при изданіи перваго эдикта не разсчитывали брать sacra съ bonorum possessores.

Въ-третьихъ, въ прежнее время (1844 г.) Лейстъ [1]) видѣлъ въ этомъ классѣ узукапіентовъ втораго фазиса usucapio pro herede, т. е. rerum hereditariarum (а не hereditatis), но впослѣдствіи (1870 г.) онъ измѣнилъ свое воззрѣніе и, признавая поворотъ въ исторіи usucapio pro herede со времени перваго эдикта, онъ теперь допускаетъ, что понтифы все-таки взимали sacra съ узукапіентовъ hereditatis[2]).

Вотъ, сколько имѣется комбинацій, порожденныхъ неопредѣленностію редакціи. Въ самомъ дѣлѣ, какъ сознаются римскіе юристы, что-нибудь capere [3]) изъ посмертнаго имущества, mortis causa capere, не было техническимъ терминомъ; подъ этимъ выраженіемъ разумѣли разнаго рода участниковъ въ наслѣдственномъ имуществѣ [4]). И слова эдикта: aut si majorem

---

[1]) *Leist*, Bon. Pos., I, 45.

[2]) *Leist*, Der röm. Erbrechtsbesitz, 180; онъ предлагаетъ даже читать: si majorem partem pecuniæ usu capiat.

[3]) Гай (31 D. 39. 6) говоритъ: mortis causa capitur, quum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occassionem; sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

[4]) *Лейстъ*, Besitz, 186, говоритъ, что usucapio hereditatis не подходитъ подъ выраженіе mortis causa capere, потому что послѣднее выраженіе обозначаетъ только такое пріобрѣтеніе, которое имѣетъ юридическое значеніе (rechtsgültiger Erwerb), а usucapio pro herede есть простой фактъ. Но это не совсѣмъ такъ; capere посредствомъ usu становится также юридическимъ явленіемъ. Въ fr. 51 D. 50. 17 говорится: non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere.

Digitized by Google

partem pecuniae capiat можно понимать, какъ антитезъ первому классу heredes. Союзъ *aut* исключаетъ первый классъ; heres не стоитъ рядомъ съ тѣмъ, qui majorem partem pecuniae capiat [1]). Иначе говоря, когда нѣтъ heredes, тогда sacra cum pecunia conjunguntur.—Однако, не всякіе акты перехода посмертнаго имущества можно было подводить подъ второй классъ. Сюда не подходили, какъ мы видѣли, bonorum possessio и donatio mortis causa. Кромѣ того, не относился сюда-же legatum, такъ какъ о немъ спеціально говорилось въ третьемъ классѣ. Такимъ образомъ, остаются узукапіенты и, можетъ быть, тѣ изъ лицъ, овладѣвавшихъ наслѣдствомъ, которые во второмъ эдиктѣ дифференцировались въ четвертомъ и пятомъ классѣ (о нихъ будетъ рѣчь ниже). Для насъ, конечно, важно то, что usucapio pro herede влекла за собою сакральныя пошлины по первому эдикту.

Хельдеръ [2]) устраняетъ узукапіентовъ, потому что въ эдиктѣ имѣется praesens (capiat), а не прошедшее время. Но еще Лейстъ [3]) замѣтилъ, что praesens не мѣшаетъ привлекать узукапіентовъ къ сакральной отвѣтственности; однако Лейстъ не объяснилъ, почему нѣтъ такой помѣхи. По нашему мнѣнію, прошедшаго времени и не могло быть въ данномъ случаѣ, ибо usucapio не была свершившимся фактомъ, такъ какъ не проходило легальнаго срока давности (biennium fundi). Вѣдь, понтифы взимали sacra съ владѣльцевъ наслѣдственнаго имущества спустя 1 годъ по вступленіи ихъ во владѣніе; въ то время они имѣли дѣло съ фактическимъ явленіемъ. И сами-же понтифы путемъ искусственной интерпретаціи создали annua usucapio hereditatis.

---

[1]) Поэтому, неправильно мнѣніе Лейста (Besitz, 180), поставившаго первый классъ рядомъ со вторымъ.

[2]) *Hölder*, Beiträge, 138.

[3]) *Leist*, Besitz, 177, прим. 66.

Digitized by Google

Въ заключеніе, нельзя умолчать о томъ, какое значеніе имѣетъ требованіе: si *majorem partem* pecuniae capiat? Причемъ тутъ major pars?

Предложено нѣсколько объясненій этихъ словъ. Наиболѣе простымъ и цѣлесообразнымъ представляется въ этомъ случаѣ замѣчаніе Хельдера: major pars ближе подходитъ къ понятію о несовершенномъ цѣломъ (wenngleich unvollständige Ganze), чѣмъ къ единичной части его [1]). Можемъ быть, эти слова имѣли значеніе, напримѣръ, въ такомъ случаѣ. Положимъ, какой-нибудь родственникъ, не имѣющій права участія въ преемствѣ классовъ и степеней, овладѣваетъ наслѣдственнымъ имуществомъ, не принятымъ предъидущимъ наслѣдникомъ. Естественно, въ его интересахъ прибрать къ рукамъ все имущество, а между тѣмъ, постороннему человѣку попадаетъ одна или нѣсколько вещей (res hereditariae). Послѣдній не становится въ положеніе heredis и не отвѣчаетъ sa sacra [2]).

Третій классъ—aut si major pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit. Наконецъ, въ силу понтификальнаго принципа: sacra cum pecunia conjungi, отвѣтственнымъ за sacra является легатарій, si major pars pecuniae legata est. Легатарій несетъ эту повинность, когда нѣтъ на лицо heres или heres не принялъ наслѣдство [3]). Таковъ былъ первый эдиктъ. Теперь обратимся ко второму эдикту.

---

[1]) *Hölder*, l. c., 141.

[2]) *Leist*, Besitz, 179, полагаетъ, что появленіе major pars связано съ тою эпохой, когда creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse. Но это предположеніе не согласуется съ дальнѣйшей посылкой (на той же страницѣ) самого Лейста: необходимо признать, что и послѣ перваго эдикта usucapio hereditatis имѣла юридическое значеніе.

[3]) Contra Leist (ibid., 181), не обратившій вниманія на союзъ aut. Въ древности, при существованіи первичнаго вида легатовъ, legatum per vindicationem, легатарій имѣлъ право на легатъ, независимо отъ наслѣдника.

Digitized by Google

β) *Второй эдиктъ.*

Время изданія его относятъ къ половинѣ VII вѣка. Предполагаемый авторъ эдикта, P. Mucius Scaevola, былъ pontifex maximus въ 631 году[1]).

Текстъ эдикта, по Цицерону, слѣдующій:

Quaeruntur enim, qui adstringuntur sacris.

Heredum causa justissima est. Далѣе, примѣчаніе Цицерона: Nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigravit, propius accedat.

Deinde qui morte testamentove ejus tantundem capiat, quantum omnes heredes. (Затѣмъ, слова Цицерона: Id quoque ordine. Est enim ad id, quod propositum est, accomodatum).

Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

Quarto, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus qui plurimum servet.

Extrema illa persona est, ut, si qui ei qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

Всего пять классовъ или разрядовъ лицъ, повинныхъ платить sacra. При разсмотрѣніи ихъ, въ нашихъ интересахъ слѣдуетъ подробнѣе остановиться на второмъ и третьемъ классѣ.

Первый классъ втораго эдикта вполнѣ тожественъ съ первымъ классомъ перваго эдикта. Какъ тамъ, такъ и здѣсь, помѣщаются heredes.

Второй классъ можно разсматривать, по нашему мнѣнію, въ видѣ сочетанія втораго и третьяго класса перваго эдикта. Эту-же мысль о соединеніи послѣднихъ двухъ разрядовъ перваго эдикта высказалъ Хельдеръ[2]).

---

[1]) *Leist*, ibid., 176.

[2]) *Hölder*, 144.

Digitized by Google

Но, по Хельдеру, въ данномъ классѣ встрѣтились mortis causa donatio (morte capere) и legatum (testamentove capere); мы-же видѣли, что о mortis causa donatio, какъ о преждевременномъ институтѣ, получившемъ юридическое значеніе въ началѣ императорскаго періода, не можетъ быть рѣчи. И такъ, подъ словами: morte capere, соотвѣтствующими второму классу перваго эдикта, есть основаніе разумѣть узакапіентовъ [1]), подъ словами: testamentove capere — легатаріевъ [2]).

Между узукапіентами перваго и втораго эдикта имѣется существенное различіе: тамъ мы имѣли дѣло съ usucapio hereditatis, тутъ—съ usucapio rerum hereditariarum, какъ на это справедливо указываетъ Хушке [3]) и Лейстъ [4]). Не даромъ-же узакапіенты поставлены рядомъ съ легатаріями, этими successores singulares.

Сравнивая суммы наслѣдственнаго имущества, съ котораго взимались sacra по тому и другому эдикту, не трудно замѣтить, что по второму эдикту сакральныя повинности возлагаются и на меньшую сумму (tantundem, quantum omnes heredes) сравнительно съ первымъ эдиктомъ (major pars pecuniae). Очевидно, понтифы сдѣлали еще шагъ впередъ по своему принципу: sacra cum pecunia conjungi [5]).

---

[1]) *Савиньи*, 156, во второмъ классѣ допускаетъ successores singulares всякаго рода.—*Лейстъ*, Besitz, 190 ff., даетъ слишкомъ ограничительное толкованіе, относя сюда однихъ легатаріевъ.

[2]) Къ этой догадкѣ приходили тѣмъ же путемъ послѣдовательныхъ исключеній другихъ участниковъ въ наслѣдственномъ имуществѣ, какъ и при толкованіи втораго класса перваго эдикта. — *Хушке*, стр. 156, также относитъ узукапіентовъ ко второму классу втораго эдикта.

[3]) *Huschke*, 155.

[4]) *Leist*, Besitz, 182.

[5]) Въ этомъ смыслѣ, кажется, слѣдуетъ понимать и примѣчаніе Цицерона: Id quoque ordine. Est enim ad id, quod propositum, acco-

Digitized by Google

Въ литературѣ единогласно признается, что на редакціи разсматриваемаго класса эдикта отразилось вліяніе закона Воконія, вышедшаго въ 585 году, по которому легатаріи не имѣли права получать изъ наслѣдства болѣе того, что доставалось на долю heredes. Потому-то, какъ полагаютъ, и ограничивается сумма легата словами: tantundem, quantum omnes heredes. Однако при ближайшемъ сравненіи сказаннаго закона съ настоящимъ классомъ эдикта аналогія оказывается неподходящей; сходство между ними обманчиво. И вотъ почему.

Во-первыхъ, аналогію видятъ въ суммахъ наслѣдственнаго имущества; но при этомъ упускаютъ изъ виду, что эти суммы неравномѣрны. Именно, по закону Воконія tantundem quantum составляетъ maximum надѣла легатарія, а по эдикту таже сумма есть minimum имущества, подлежащаго сакральной повинности. Менѣе, чѣмъ съ tantundem quantum не брали sacra, но ихъ брали, конечно, тогда, когда легатарій или узакаціентъ имѣлъ болѣе, чѣмъ tantundem, ибо, по вѣрному замѣчанію Лейста [1]), tantundem входитъ implicite въ major pars pecuniae. Во-вторыхъ, указываютъ на сходство редакціи legis (legatorum nomine mortisve causa capere) [2]) съ редакціей эдикта (morte testamentove capere). Остановимся на значеніи выраженія: mortis causa или morte capere.

---

modatum, т. е., и это въ порядкѣ вещей (пониженіе суммы имущества, съ котораго берутъ sacra), ибо приспособлено къ тому, что имѣлось въ виду (взиманіе sacra съ имущества). — *Лассаль* (стр. 42) даже видитъ въ приведенныхъ словахъ Цицерона *ироническое* замѣчаніе.

[1]) *Leist*, Besitz, 176.

[2]) Gai, 2, 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.

Digitized by Google

Мы имѣли уже случай замѣтить, что названное выраженіе вообще не имѣло специфическаго значенія. Такъ, и въ текстѣ legis Voconiae (ровно какъ и въ текстѣ предъидущаго закона, lex Furia [1]), оно было крайне неопредѣленно и неясно [2]). И во всякомъ случаѣ, если-бы даже законъ разумѣлъ подъ нимъ еще другихъ successores singulares, послѣдніе наслѣдовали-бы только по завѣщанію, такъ какъ трактуемое предписаніе закона Воконія касается коллизіи общихъ и частныхъ преемниковъ по завѣщанію. Между тѣмъ, можно думать, что подъ выраженіе morte capere въ эдиктѣ (morte testamentove capere) подходили преемники ab intestato.

Lex Voconia, вышедшій цѣлымъ столѣтіемъ ранѣе эдикта, безъ сомнѣнія, могъ имѣть значеніе по отношенію къ легатаріямъ и въ начальную эпоху дѣйствія эдикта (до изданія legis Falcidiae,, 714 г.); наслѣдники имѣли право отнимать излишекъ сверхъ tantundem, quantum. Поэтому, minimum имущества по эдикту всегда соотвѣтствовало maximum легата, но тоже самое нельзя сказать относительно другихъ лицъ, подходящихъ подъ второй разрядъ (узукапіентовъ) [3]).

Вопросъ о томъ, отвѣчаютъ-ли за sacra легатаріи и узукапіенты отдѣльно отъ heredes или вмѣстѣ съ ними—

---

[1]) Gai, 2, 225: Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est.

[2]) *Kuntze*, Excurse, 653.—Лучшіе интерпретаторы закона Воконія, Савиньи (Über die lex Voconia) и Вангеровъ (Über die lex Voconia-1863 г.), полагаютъ, что дѣйствіе этого закона ограничивалось одними легатаріями. Разсматриваемое выраженіе они обходятъ молчаніемъ.

[3]) Кстати замѣтимъ, что въ литературѣ былъ поднятъ вопросъ, распространяли ли свое дѣйствіе leges Furia и Voconia на узукапіентовъ, или нѣтъ. Утвердительно рѣшалъ этотъ вопросъ Хушке (l. c., 175 ff.); его доводы оспаривалъ Лейстъ (Besitz, 185—189).

Digitized by Google

разрѣшается романистами различно [1]). Въ текстѣ эдикта нѣтъ данныхъ для окончательнаго рѣшенія этого вопроса; но если принять въ разсчетъ, что всѣ разряды лицъ по первому эдикту, равно какъ и послѣдующіе классы втораго эдикта были отвѣтственны на альтернативныхъ началахъ, то, намъ кажется, тоже самое слѣдуетъ признать и въ данномъ случаѣ, такъ какъ нѣтъ видимой причины отступать отъ общаго правила [2])

Слѣдующіе три класса втораго эдикта составляютъ нововведеніе; ихъ не были въ первомъ эдиктѣ.

Третій классъ представляется нѣсколько спорнымъ. Нѣкоторые писатели (Савиньи [3]), Лассаль) [4]) видятъ въ немъ, главнымъ образомъ, bonorum possessores; другіе (Лейстъ) [5]) относятъ сюда исключительно узукапіентовъ втораго рода (на res hereditariae); третьи, наконецъ (Хельдеръ [6]), къ узукапіентамъ присоединяютъ и bonorum possessores.

При толкованіи текста даннаго разряда лицъ, отвѣчающихъ за sacra, надлежитъ имѣть въ виду слѣдующія соображенія. Во-первыхъ, второй понтификальный эдиктъ вышелъ въ свѣтъ въ концѣ VII вѣка, въ то время

---

[1]) Старая литература до Савиньи признавала альтернативную отвѣтственность; новая литература допускаетъ солидарную отвѣтственность.

[2]) Любопытный обходъ понтификальнаго эдикта сообщаетъ Цицеронъ (De leg., II, § 53): если завѣщатель дозволялъ легатарію сдѣлать небольшой вычетъ (centum nummi) изъ tantundem, quantum omnes heredes, то легатарій освобождался отъ сакральной отвѣтственности (inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur). Затѣмъ, пошли еще дальше: тоже бывало si in testamento deducta (Лейстъ, Besitz, 192, предлагаетъ читать deductio) non sit.

[3]) Savigny, 157—165.

[4]) Lassalle, 36, непосредственно присоединяется по мнѣнію Савиньи.

[5]) Leist, Besitz, 183 ff.

[6]) Hölder, 146 и 150.

Digitized by Google

когда юриспруденція перешла окончательно отъ жрецовъ къ свѣтскимъ юристамъ; въ это-же время жреческая юрисдикція была замѣнена свѣтскою юрисдикціей. Слѣдовательно, въ эпоху изданія втораго эдикта прежнихъ охранителей юридическаго авторитета usucapio hereditatis болѣе не существовало. Во-вторыхъ, тогда и не было нужды въ usucapio hereditatis, въ качествѣ суррогата преемства классовъ и степеней, ибо дѣйствовалъ уже edictum successorium, а преторъ помощью bonorum possessio восполнялъ пробѣлы цивильнаго наслѣдованія. Въ-третьихъ, что касается узукапіентовъ rerum hereditariarum, то ихъ можно было подводить, какъ мы только-что видѣли, подъ второй классъ этого эдикта. Такимъ образомъ, отвѣчая на вопросъ—кого имѣли въ виду понтифы при взиманіи sacra, узукапіентовъ hereditatis или bonorum possessores, слѣдуетъ сказать, что апріорныя соображенія склоняются на сторону послѣднихъ. Теперь поближе познакомимся съ редакціей эдикта.

Первыя слова (si nemo sit heres) указываютъ на сепаратную сакральную отвѣтственность независимо отъ heredes. Затѣмъ, начало и конецъ опредѣлительнаго предложенія (is, qui de bonis—possidendo) достаточно ясно показываютъ, что здѣсь рѣчь идетъ о bonorum possessores [1]). Но спрашивается, отчего-же bonorum possessor не отвѣчаетъ за sacra немедленно послѣ ввода во владѣніе наслѣдствомъ, а только въ томъ случаѣ, если онъ *usu ceperit* plurimum possidendo? Удовлетворительное объясненіе даетъ Савиньи: bonorum possessor при вводѣ во владѣніе получаетъ только бонитарную собственность, которая, путемъ usucapio переходитъ въ собственность квиритскую [2]); а

---

[1]) Хельдеръ (ibid.) замѣчаетъ, что понтифы ничего дерзновеннаго не видѣли въ привлеченіи bon. possessores къ сакральной повинности.

[2]) Прямое подтвержденіе находится у Гая, 3, 80: neque autem bonorum possessorum, neque bonorum emptorum res pleno jure fiunt, sed

Digitized by Google

понтифы возлагали сакральную повинность лишь на квиритскихъ хозяевъ наслѣдственнаго имущества. Вотъ, почему они брали sacra съ bonorum possessores по истеченіи срока давности. Наконецъ, *plurimum* possidendo — тоже, что major pars pecuniae по первому эдикту.

Четвертый классъ возбудилъ также нѣсколько контроверзъ. Впрочемъ, основной фактъ остается несомнѣннымъ. По этому классу лицами, отвѣтственными за sacra, являются кредиторы покойнаго хозяина наслѣдственнаго имущества. Недоразумѣніе возникаетъ при болѣе точномъ опредѣленіи этихъ кредиторовъ: какого рода кредиторы, какимъ образомъ пріобрѣвшіе имущество. Имѣются три попытки разрѣшить это недоразумѣніе.

Во-первыхъ, Савиньи относитъ сюда emtor bonorum [1]). Въ случаѣ конкурснаго производства товарищество кредиторовъ подъ руководствомъ избраннаго изъ своей среды magister bonorum продавало оптомъ имущество неоплатнаго должника emtor'у bonorum съ условіемъ уплатить долги кредиторамъ въ опредѣленныхъ процентахъ (pro portione) [2]).

Bonorum emtor считался successor universalis, онъ становился heredis loco и въ качествѣ таковаго платилъ sacra. Подтвержденіе своей мысли Савиньи находитъ въ выраженіи эдикта *plurimum* servare, которое онъ понимаетъ относительно: plurimum servet касается того, кто дастъ возможность кредиторамъ спасти болѣе всего изъ ихъ

---

in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt. Кромѣ того, Савиньи (l. c.) приводитъ нѣсколько аналогичныхъ случаевъ перехода бонитарной собственности въ квиритскую.

[1]) Savigny, 166—169.

[2]) Gai, 2, 255: pro portione bona venierint. Далѣе, сдѣлка утверждалась преторомъ (addictio), признававшимъ имущество за покупщикомъ его. См. *К. И. Малышевъ*, Историческій очеркъ конкурснаго процесса, 1871, стр. 25.

Digitized by Google

претензій, а это-то и есть, какъ говоритъ Савиньи, bonorum emtor. Но для полнаго оправданія сказаннаго предположенія Савиньи прибѣгнулъ къ маленькой эмендаціи; именно, онъ предложилъ сдѣлать поправку въ текстѣ, вычеркнувъ союзъ de (вмѣсто de creditoribus — creditoribus). Такимъ образомъ, толкованіе его получило искусственный характеръ. — Другія попытки обходятся безъ эмендаціи.

Во-вторыхъ, Лейстъ вмѣсто bonorum emtor полагаетъ въ четвертомъ классѣ всякаго кредитора, овладѣвшаго наслѣдственнымъ имуществомъ [1]). Servare Лейстъ переводитъ словомъ удержать (retinere): кто изъ кредиторовъ овладѣваетъ и удерживаетъ большую часть (plurimum) наслѣдства, тотъ и повиненъ платить sacra. Любопытно, что по этому поводу Лейстъ создаетъ новый институтъ *quasi*-usucapio pro herede, такъ что кредиторъ, будучи владѣльцемъ наслѣдственнаго имущества, черезъ годъ становится, по теоріи Лейста, quasi—узукапіентомъ, если онъ не имѣетъ animus pro herede se gerendi, а только animus удовлетворитъ себя за долги умершаго хозяина (въ родѣ того, какъ говорится въ fr. 95 § 8 D. 46. 3: si creditor debitoris hereditatem *ad se non pertinentem* possedit). Хотя римскіе юристы, замѣтимъ мы отъ себя, и прибѣгали нерѣдко къ частичкѣ quasi для созданія новыхъ аналогичныхъ институтовъ права, но дѣло въ томъ, что въ данномъ классѣ эдикта нѣтъ никакого намека ни на фиктивную, ни на истинную usucapio pro herede [2]). Къ чему-же, спрашивается, понадобилась Лейсту

---

[1]) Leist, Besitz, 197—204.

[2]) Не найдя въ словахъ эдикта опоры для своего мнѣнія, Лейстъ пришелъ къ тому заключенію, что quasi usucapio сама собою подразумѣвается, ибо 4-й классъ имѣетъ отношеніе къ 3-му классу, въ которомъ была рѣчь объ usucapio. Но въ начальныхъ словахъ (si nemo sit qui ullam rem ceperit), на которыя Лейстъ указываетъ, заключается лишь *отрицательное* отношеніе къ предъидущему классу, вовсе негодное для того, чтобы подразумѣвать въ нихъ quasi-usucapio 4-го класса.

Digitized by Google

эта quasi—usucapio? А для того, чтобы передать кредиторамъ наслѣдственное имущество въ квиритскую собственность (вѣдь, sacra взимались лишь съ квиритскаго имущества). — Наконецъ, болѣе простою представляется третья попытка, обходящаяся не только безъ эмендаціи, но и безъ quasi-usucapio.

Въ-третьихъ, Хельдеръ [1]) разумѣетъ подъ вышецитованными словами эдикта *фидуціарныхъ* кредиторовъ. Servare, по словамъ его обозначаетъ не столько полученіе какой-нибудь выгоды, сколько отрицаніе потери. Въ этомъ смыслѣ оно противополагается слову capere. А изъ всѣхъ кредиторовъ умершаго должника наиболѣе гарантированнымъ отъ потери (plurimum servet) является тотъ, долгъ котораго былъ обезпеченъ посредствомъ fiducia. При томъ-же, на основаніи этого древнѣйшаго договора, кредиторъ имѣлъ квиритскую собственность на заложенную вещь. Слѣдовательно, отъ него, какъ квиритскаго хозяина, понтифы считали себя въ правѣ потребовать sacra [2]).

Пятый классъ совершенно ясно показываетъ, что въ крайнемъ случаѣ (когда нѣтъ ни heredes, ни bonorum possessores, ни какихъ-бы то ни было successores universales, ни узукапіентовъ, ни кредиторовъ) сакральную повинность несетъ должникъ умершаго кредитора. Въ этомъ случаѣ существуетъ фикція, какъ будто-бы деньги, которыя должникъ долженъ былъ уплатить, онъ полу-

---

[1]) Hölder, 147 — 149. — Въ прежнее время Лейстъ относилъ сюда также кредиторовъ по залогу, именно, creditores pignoraticii (Bon. Pos., I, 50), которые удерживали (servare) наслѣдственное имущество, находившееся у нихъ во владѣніи, но потомъ, когда ему пришла мысль (1870 г.) о quasi-usucapio, онъ сталъ подводить подъ четвертый классъ всякихъ кредиторовъ.

[2]) Что-же касается bonorum emtor, то онъ, какъ successor universalis, находившійся heredis loco, по Хельдеру (стр. 161), и отвѣчалъ за sacra по первому классу вмѣстѣ съ heredes.

Digitized by Google

чилъ въ собственность изъ наслѣдственнаго имущества (proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit) [1]).

Такимъ образомъ, сдѣлавъ обзоръ каждаго эдикта въ отдѣльности, представимъ въ заключеніе результатъ, въ видѣ небольшой схемы для сравненія обоихъ эдиктовъ.

γ) *Сравненіе эдиктовъ.*

1-й эдиктъ.		2-й эдиктъ.	
1	Heredes.	1	Heredes.
2	*Узуканіенты hereditatis.*	2	*Узуканіенты rerum hereditariarum.* Легатаріи.
3	Легатаріи.	3	Bonorum possessores.
		4	Кредиторы (фидуціарные).
		5	Должники.

Отличіе одного эдикта отъ другаго сказывается: 1) въ перечнѣ плательщиковъ и 2) въ размѣрѣ имущества, обложеннаго сакральными пошлинами. Такъ, во второмъ эдиктѣ, сравнительно съ первымъ, плательщики sacra обозначены подробнѣе. Первый эдиктъ наслѣдникамъ (heredes) противопоставляетъ вообще тѣхъ лицъ, которыя получаютъ major pars pecuniae (причемъ только легатаріи выдѣлены особо); а второй эдиктъ дифференцируетъ плательщиковъ второй категоріи на нѣсколько разрядовъ. И кромѣ того, сначала понтифы облагали сакральными пошлинами лишь major pars наслѣдствен-

1) Лейстъ, Besitz, 204—208, и въ этомъ классѣ видитъ quasi-usucapio.

Digitized by Google

наго имущества, а затѣмъ такое условіе было уничтожено (что видно изъ 5 класса втораго эдикта).

е) *Время преобразованія usucapio pro herede.* До сихъ поръ мы разсматривали первый видъ usucapio pro herede, usucapio hereditatis; однако, по Гаю, *postea* creditum est ipsas hereditates usucapi non posse, такъ что осталась annua usucapio rerum hereditariarum. Вотъ, и надлежитъ выяснить, когда наступило время преобразованія usucapio pro herede. Въ литературѣ эпоха такой реформаціи опредѣляется троякимъ образомъ: 1) въ началѣ императорскаго періода, 2) съ изданіемъ leges Furia и Voconia и 3) съ появленіемъ edictum successorium. Разберемъ каждое изъ этихъ опредѣленій по очереди.

аа) *Въ началѣ императорскаго періода*, какъ полагаетъ Пухта [1]), совершилось помянутое преобразованіе. Мнѣніе Пухты взялся подробнѣе аргументировать Hingst[2]); но противъ его толкованій нѣкоторыхъ мѣстъ изъ источниковъ, выше нами указанныхъ (Cicero pro Flacco, 34, 85, ad Atticum I, 5; Seneca, de benef. 6, 5), справедливо возражаетъ Лейстъ (Besitz, 198—200).

Мы имѣли уже случай замѣтить, когда говорили объ объектѣ usucapionis, [3]), что Цицеронъ понималъ hereditas, въ смыслѣ pecunia; поэтому, какъ изъ его письма ad Atticum, такъ и изъ рѣчи pro Flacco, не видно, что онъ имѣлъ въ виду: usucapio hereditatis или usucapio rerum hereditariarum. Затѣмъ, основываясь на словахъ Се-

---

[1]) *Puchta*, Cursus der Instit., § 315 (II, стр. 457 по 9 изданію Крюгера).

[2]) *Hingst*, De bon. pos., 70 ff. *Вальтеръ* (Geshichte des Röm. R., § 670, (II, стр. 310 по 2 изданію) принимаетъ мнѣніе Пухты съ маленькой оговоркой: можетъ быть, уже при Цицеронѣ наступилъ 2-й фазисъ usuc. pro herede.

[3]) См. выше, стр. 247. Въ письмѣ ad Atticum, скорѣе можно думать, рѣчь идетъ объ usucapio rer hered. См. ниже, стр. 286.

Digitized by Google

неки (въ его время юристы признавали преметомъ usucapio не hereditas, sed ea, quae in hereditate sunt), Hingst и Puchta полагаютъ, что преобразованіе свершилось впервые или на глазахъ Сенеки, или, по крайней мѣрѣ, незадолго до него, ибо иначе (если считать сказаную метаморфозу свершившейся однимъ или двумя столѣтіями раньше) будетъ непонятна контроверза между юристами. Но, замѣчаетъ Лейстъ, Сенека говоритъ не о контроверзѣ, а констатируетъ вполнѣ признанное юристами явленіе: usucapio rerum hereditariarum; только для него, какъ для не-юриста, кажется абсурднымъ различіе между наслѣдствомъ и наслѣдственнымъ имуществомъ. Слѣдовательно, Сенека не даетъ повода думать, что второй фазисъ usucapio pro herede наступилъ въ началѣ императорскаго періода.

бб) *Съ изданіемъ lex Furia testamentaria* (571 u. c.), говоритъ Хушке[1]) наступилъ поворотный пунктъ въ исторіи usucapio pro herede. Въ этомъ законѣ, по словамъ Хушке, рельефно выдѣлились два момента: фактическое преемство наслѣдства родственниками (personae exceptae) и цивильное пріобрѣтеніе rerum hereditariarum посредствомъ однолѣтняго владѣнія третьими лицами (personae non exceptae, которыхъ lex Furia поставилъ рядомъ съ легатаріями), причемъ въ дальнѣйшемъ развитіи перваго момента принялъ участіе преторскій эдиктъ (bonorum possessio), а изъ втораго момента юриспруденція разработала преемство отдѣльныхъ вещей наслѣдства.

Принимать эру второй фазы usucapio pro herede со времени изданія lex Furia едва-ли возможно, ибо, не касаясь даже содержанія названнаго закона, слѣдуетъ сказать, что область дѣйствія его гораздо уже usucapio pro herede. Lex Furia testamentaria имѣетъ дѣло съ на-

---

1) Huschke, 177 ff.

Digitized by Google

слѣдованіемъ по завѣщанію, а usucapio pro herede мыслимо и безъ завѣщанія [1]).

вв) *Съ появленіемъ edictum successorium* прекращается usucapio hereditatis. Для того, чтобы вполнѣ выяснить это положеніе, мы скажемъ предварительно о времени появленія преторскаго порядка наслѣдованія (bonorum possessio, edictum successorium) и объ отношеніи usucapio pro herede къ bonorum possessio, а потомъ коснемся значенія edict. suc. въ судьбѣ usucapio pro herede.

α) *Время образованія bonorum possessio* относится конечно, къ эпохѣ творческой дѣятельности преторовъ, которая особенно часто стала заявлять о себѣ съ конца VI столѣтія. Наиболѣе раннія свѣдѣнія касательно bonorum possessio заимствуютъ у Цицерона. Цицеронъ-же въ своей рѣчи противъ Верреса, произнесенной въ 684 г., называя преторскій эдиктъ дарующій bonorum possessio, edictum de hereditate [2]), сообщаетъ намъ о bonorum possessio, secundum tabulas и b. p. intestati [3]), при этомъ постановленія эдикта (edictum trallaticium) онъ считаетъ уже давно сложившимися, что видно, напримѣръ, изъ словъ: posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus (in Verrem acto II, lib. I, § 114).—Когда-же вышелъ первый преторскій эдиктъ, установившій bon. pos. intestati? А вотъ, согласно приведенному заключенію Ци-

---

[1]) *Лейстъ* прежде (Bon. Pos., I, 48) опредѣлялъ эпоху дѣйствія usucapio heredetatis отъ XII таблицъ (300 u. c.) до lex Voconia (585 u. c.), но какъ видно изъ его послѣдующаго сочиненія (Erbrechtsbesitz), рѣшающіе значеніе въ судьбѣ usuc. hereditatis онъ признаетъ не за lex Voconia, а за bonorum possessio. Лейстъ рѣшительно высказался противъ примѣненія lex Furia къ us. p. h. (Besitz, 185—189).

[2]) In Verrem act. II, lib. I, § 143: Dicetis eundem conscripsisse, qui illud edictum de hereditate.

[3]) Такъ, онъ говоритъ о gens Minucia (ibid. § 115), которой должно было быть предоставлено possessio на томъ основаніи, что она была наслѣдницей и по цивильному праву.

Digitized by Google

церона, полагаютъ, что онъ явился, по крайней мѣрѣ, столѣтіемъ ранѣе, т. е. въ концѣ VI вѣка; и во всякомъ случаѣ при появленіи понтификальнаго эдикта Сцеволы предоставленіе bonorum possessio heredibus было въ большомъ ходу [1]). Что-же касается edictum successorium, этого характернаго новшества, сопутствовавшаго bonorum possessio, то въ настоящее время признается, что и онъ со всѣми деталями выработывался постепенно. И прежде всего ко времени Цицерона минимальное нововведеніе этого эдикта—допущеніе successionis тамъ, гдѣ цивильное право не знало ея — было также вполнѣ извѣстно [2]).

Такъ, нѣкоторые ученые (Хушке, Лейстъ, Гартманъ, Янсонъ и др.), со словъ помянутой рѣчи Цицерона противъ Верреса, составили даже слѣдующую редакцію эдикта, которымъ преторъ призывалъ въ послѣдовательномъ порядкѣ наслѣдниковъ къ bonorum possessio intestati:

> si tabulae testamenti non proferentur, tum uti (proximum) quemque potissimum heredem esse opporteret (opporteat), si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.

---

[1]) Новѣйшіе изслѣдователи bonorum possessio отличаютъ b. p. sec. tabulas и unde legitimi отъ bon. pos. sine lege et sine testamento (unde cognati и unde vir et uxor). Первое возникло, какъ полагаютъ они, въ концѣ VI вѣка, а второе незадолго до 684 года. См. Leist, Besitz, 268, 289.

[2]) Мысль о постепенной выработкѣ edictum successorium особенно проводилъ *Janssonius*, Dissert. de origine bonor. poss., 1859. Вмѣстѣ съ Лейстомъ (Besitz, 77, 106) онъ признаетъ, что на первыхъ-же порахъ edictum successorium установилъ successio между цивильными наслѣдниками. Именно, Janssonius говоритъ (l. c., 51): bonorum possessionem recte ex jure hereditario repetere—ita ut b. p. spectaverit successionem inter eos qui jure civili heredes essent.—Отъ прежняго взгляда, котораго держался Лейстъ въ своемъ сочиненіи (bon. pos.), будто edictum successorium предшествовалъ образованію bonorum possessio, онъ отказался (Besitz, 106, прим. 6) вслѣдствіе возраженій со стороны Янсона.

Digitized by Google

Меркель, предпринявшій спеціальное изслѣдованіе successio graduum (1876 г.), также склоненъ думать, что edictum successorium практиковался уже въ VII столѣтіи. Bonorum possessio и edictum successorium, говоритъ онъ (стр. 18), не расходятся далеко по времени ихъ возникновенія [1]), ибо нельзя-же допустить, что преторъ долго оставлялъ безъ вниманія неопредѣленное положеніе вопроса о пріобрѣтеніи bonorum possessio; напротивъ того, можно думать, онъ вскорѣ установилъ послѣдовательный призывъ къ наслѣдованію [2]).—Между прочимъ, Меркель присоединяется ко мнѣнію тѣхъ романистовъ, которые видятъ въ эдиктѣ введеніе общей successio ordinum и successio graduum лишь среди когнатовъ [3]), такъ что слѣдующій *агнатъ*, въ случаѣ непринятія наслѣдства предъидущимъ, допускался къ наслѣдованію въ классѣ unde cognati.—Пусть такъ. Какъ-бы то ни было, преторъ все-таки даровалъ слѣдующему агнату то, чего онъ былъ лишенъ jure stricto.

На основаніи всего сказаннаго мы имѣемъ право думать, что при появленіи втораго понтификальнаго эдикта (около половины VII вѣка) уже существовала bonorum possessio, равно какъ и successio между цивильными наслѣдниками по почину преторовъ. Далѣе, обратимъ вниманіе на отношеніе usucapio pro herede къ наслѣдованію по преторскому эдикту.

β) *Отношеніе usucapio pro herede къ bonorum possessio* интересовало многихъ романистовъ. Одни изъ нихъ указывали на одновременное соотношеніе того и другаго института, другіе изслѣдовали ихъ историческое соотношеніе.

---

[1]) § 9 Inst. 3. 9.

[2]) Тутъ-же (стр. 17—21) у Меркеля помѣщается выдающаяся литература вопроса.

[3]) Fr. 2. D. 38. 9.

Digitized by Google

Одновременное соотношеніе bonorum possessio и usucapio pro herede было впервые установлено Савиньи [1]). По мнѣнію Савиньи, второй институтъ имѣлъ *вспомогательное* значеніе для перваго; именно, посредствомъ usucapio pro herede bonorum possessor могъ сдѣлаться черезъ годъ квиритскимъ хозяиномъ наслѣдственнаго имущества. Если-же какое-нибудь третье лицо предупреждало bonorum possessor въ захватѣ имущества, то послѣдній имѣлъ право прибѣгнутъ къ преторскому средству защиты, interdictum quorum bonorum (interdictum adipiscendae possessionis). Въ такомъ видѣ представляется одновременное соотношеніе обоихъ институтовъ [2]). Намъ интереснѣе обратить вниманіе на историческое соотношеніе ихъ.

Историческимъ соотношеніемъ занимались Hushke, Köppen, Leist и др. Первый изъ нихъ утверждалъ, что bonorum possessio выросла *исключительно* изъ usucapio pro herede [3]). Мы знакомы съ его воззрѣніями на природу usucapio: сначала узукапировали наслѣдство близкіе къ умершему въ интересахъ-же послѣдняго, именно, въ виду того, чтобы онъ не остался безъ наслѣдника, а затѣмъ когда эта pia et honesta possessio превратилась въ improba et lucrativa, тогда сложилось убѣжденіе (creditum sit) ipsas hereditates usucapi bon posse. Вотъ, въ это-то время противъ злоупотребленій со стороны узукапіентовъ и выступилъ преторъ; онъ сталъ вводить во владѣніе насдѣдствомъ (bonorum possessio) того, кто ему

---

[1]) Zeitscrift f. gesch Rechtswissenschaft, V, 14 ff. Также Vermische Schriften, II, 230 ff.

[2]) Савиньи не дѣлалъ различія между usucapio hereditatis и usucapio rerum hereditariarum. А между тѣмъ, говоря объ одновременномъ соотношеніи h. p. и usuc. p. h., слѣдуетъ имѣть въ виду usucapio rerum hereditariarum (какъ это будетъ видно изъ историческаго соотношенія).

[3]) *Huschke*, Die Usucapio pro herede, 157 ff. Тоже *Van-Wetter*, l. c., p. 383; *Lassalle*, l. c., p. 396.

Digitized by Google

казался наиболѣе достойнымъ. Такимъ образомъ, въ первоначальномъ видѣ bonorum possessio является упорядоченной usucapio hereditatis; все различіе между ними на первыхъ порахъ состояло въ томъ, что узукапіентъ самъ себя вводилъ во владѣніе, а bonorum possessorem вводилъ во владѣніе преторъ.—Köppen въ сущности вполнѣ исповѣдуетъ воззрѣніе Хушке по разсматриваемому вопросу; онъ также смотритъ на первичную bonorum possessio, какъ на урегулированную usucapio hereditatis [1]).

Мы уже имѣли случай замѣтить, что по вопросу о происхожденіи bonorum possessio высказано очень много крайне разнорѣчивыхъ гипотезъ. Въ недавнее время большой знатокъ этого юридическаго института, Лейстъ, занявшись критической оцѣнкой такихъ гипотезъ, коснулся также и отношенія usucapio pro herede къ bonorum possessio. И хотя Лейстъ серьезно оспариваетъ Хушке, доказывая, что bonorum possessio не выросла исключительно изъ usucapio pro herede [2]), тѣмъ не менѣе онъ

---

[1]) По этому поводу Köppen высказался въ своей монографіи: Die Erbschaft, 1858 г., p. 165—123; потомъ онъ почти дословно повторилъ свои соображенія въ System des heutigen römischen Erbrechts, 1862, p. 22—25. Взглядъ Хушке онъ модифицируетъ слѣдующимъ образомъ. Посмертное имущество въ древности было heredium (поземельный участокъ); всякій владѣлецъ heredium обязанъ былъ нести сакральную повинность. Ради этой повинности допускалась и usucapio pro herede; но когда стало появляться нѣсколько узукапіентовъ, кредиторамъ умершаго наслѣдодателя затруднительно было взыскивать свои долги по частямъ. И вотъ, въ интересахъ кредиторовъ, преторъ сталъ допускать usucapio только для тѣхъ лицъ, которыя получали отъ него bonorum possessio. Иначе говоря, bonorum possessio представляло собою, по выраженію Кеппена, фактическое владѣніе наслѣдствомъ съ цѣлью узукапировать его (System, p. 25 in fine).

[2]) Лейстъ противопоставляетъ Хушке слѣдующіе доводы (pp. 276—288): 1) bon. pos. не была преторскимъ регулированіемъ самовольнаго bona possidere et usucapere, такъ какъ основными классами (Grundstamm)

Digitized by Google

не отрицаетъ исторической связи между названными институтами. Напротивъ того, онъ прямо утверждаетъ, что, во-первыхъ, между многими мотивами зарожденія bonorum possessio, usucapio pro herede играла немаловажную роль; именно, bon. pos. была, между прочимъ, реакціей противъ usucapio pro herede [1]). И во-вторыхъ, между появленіемъ edictum successorium и постепеннымъ вымираніемъ usucapio pro herede имѣется даже причинная связь. Вотъ, мы теперь и остановимся на значеніи edictum successorium въ судьбѣ usucapio pro herede.

γ) *Значеніе edictum successorium въ судьбѣ usucapio pro herede.* Если мы сравнимъ тѣ побужденія, которыя римская классическая юриспруденція (Гай, Ульпіанъ) приписывала древнимъ юристамъ и преторамъ при образованіи usucapio pro herede и edictum successorium, то окажется, что ими руководили одинаковыя соображенія. Такъ, намъ извѣстно, Гай (2,55) приписываетъ древнимъ юристамъ (veteres) при учрежденіи annua usucapio hereditatis желаніе, чтобы узукапіенты (они-же могли быть послѣдующими наслѣдниками, не обладавшими пра-

---

bon. pos. были наслѣдники по завѣщанію и цивильные наслѣдники (testamento et lege); 2) изъ односторонняго захвата не могла развиться bon. pos., такъ какъ она есть *datio*, при которой преторъ не поднималъ вопроса о томъ: uter possideat, и 3) получившій interdictum quorum bonorum опирался не на то, что онъ самовольно оккупировалъ bona или что преторъ одобрилъ такой самовольный захватъ, а на то, что ему преторомъ ex edicto bonorum possessio *data* est, 4) изъ usucapio *rerum* hereditariarum не могла возникнуть bon. possessio, о чемъ у насъ рѣчь будетъ ниже.

[1]) Ibid, стр. 287; а также стр. 285, гдѣ Лейстъ говоритъ: заслуга теоріи Хушке заключается въ томъ, что она установила два положенія: 1) преторъ посредствомъ bon. pos. противодѣйствовалъ самовольной usucapio pro heredi, которая сдѣлалась съ тѣхъ поръ на самомъ дѣлѣ благовиднымъ прикрытіемъ (Deckmantel) погони за легкой наживой (unmotivirte Gewinnsucht) и 2) bonorum possessio могъ, въ свою очередь, воспользоваться pro herede possessio и usucapio.

Digitized by Google

вомъ принять наслѣдство за неимѣніемъ successio ordinum et graduum) по возможности скорѣе вступали въ наслѣдство (maturius hereditates adiri). И точно также Ульпіанъ (2 pr. D. 38. 9) говоритъ: successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, т. е. онъ мотивируетъ появленіе edictum successorium соображеніемъ претора, чтобы наслѣдственное имущество не оставалось слишкомъ долго безхозяйнымъ. Но этомъ основаніи Лейстъ [1]) проводитъ слѣдующую параллель между древнѣйшимъ періодомъ usucapio pro herede (usucapio hereditatis) и edictum successorium. Сходство между ними состояло въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ successio переходила на послѣдующаго преемника, обязаннаго отвѣчать за sacra и за долги, а различіе было таково: usucapio pro herede являлась институтомъ грубымъ, далеко не юридическимъ и несправедливымъ; не юридическимъ институтомъ она была потому, что rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebautnr; несправедливымъ она могла быть тогда, когда имущество попадало въ постороннія руки. Вообще, usucapio pro herede была образцовымъ произведеніемъ того времени, которое не знало еще искусной юридической конструкціи.

Но хотя Лейстъ и считаетъ, такимъ образомъ, edictum successorium дальнѣйшимъ усовершенствованіемъ usucapio hereditatis, тѣмъ не менѣе онъ не признаетъ за этимъ эдиктомъ преобразовательнаго значенія въ исторіи usucapio pro herede. Да и вообще, Лейстъ не нуждался въ объясненіи вопроса: когда и при какихъ обстоятельствахъ usucapio hereditatis превратилась въ usucapio rerum hereditariarum. Почему? А это обусловлено его воззрѣніемъ на usucapio pro herede. Мы уже замѣтили, когда говорили о мотивахъ обособленія usucapio heredi-

---

[1]) Ibid, 339, 340.

Digitized by Google

tatis, что, по мнѣнію Лейста, разсматриваемый институтъ былъ вызванъ отсутствіемъ tempus deliberandi; usucapio была косвенной мѣрой понужденія наслѣдника къ aditio hereditatis. Съ этой-же точки зрѣнія для опоздавшаго наслѣдника совершенно безразлично было, будетъ-ли узукапіентъ heres или dominus, т. е. будетъ-ли usucapio hereditatis или usucapio rerum hereditariarum. Вотъ, почему Лейстъ и не заботился особенно о выясненіи вопроса, при какихъ обстоятельствахъ совершилась реформа первичнаго вида usucapionis [1]). Въ итогѣ, отношеніе обоихъ институтовъ, по Лейсту, является таковымъ: послѣ того какъ usucapio hereditatis (по причинѣ невыясненной) болѣе не стало, а имѣлась лишь usucapio rerum hereditariarum, ощутилась потребность въ новомъ институтѣ взамѣнъ древней usucapio; тогда-то и вышелъ въ свѣтъ edictum successorium [2]).

Между тѣмъ, въ изданіи самого edictum successorium и можно видѣть причину вырожденія древнѣйшей usucapio. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь тотъ и другой институтъ сходились въ цѣли ихъ существованія; именно, оба они предоставляли возможность послѣдующему наслѣднику принять наслѣдство, если почему-либо предъидущій не вступалъ въ него. И въ исторической послѣдовательности одинъ институтъ слѣдовалъ за другимъ, причемъ usucapio, существовавшая въ эпоху отсутствія successio ordinum et graduum, была не такъ удобна для наслѣдника, какъ вышедшій позднѣе edictum successorium: при usucapio heres вступалъ въ наслѣдственныя права не ранѣе года непрерывнаго владѣнія, а по эдикту

---

[1]) Начало втораго фазиса Лейстъ (стр. 178 ff.) видитъ даже при появленіи перваго эдикта понтифовъ. Впрочемъ, онъ тутъ-же дѣлаетъ значительную оговорку: и послѣ перваго эдикта необходимо допустить такую эпоху, въ теченіе которой практиковалась usucapio hereditatis.

[2]) Ibid, p. 340.

Digitized by Google

эти права укрѣплялись за нимъ немедленно по принятіи наслѣдства. Очевидно, со времени изданія edictum successorium не было болѣе надобности въ usucapio hereditatis, въ качествѣ суррогата преемства классовъ и степеней.

Въ результатѣ, мы приходимъ къ прямому отвѣту на вопросъ о времени исчезновенія usucapio hereditatis, этого института обособленнаго отъ обыкновенной usucapio: она перестала быть особленной (по своему предмету: объектъ ея не res hereditariae, а hereditas) тогда, когда мотивъ обособленія (суррогатъ successio et ordinum et graduum), пересталъ существовать съ появленіемъ edictum successorium. Такимъ образомъ, въ дальнѣйшей исторіи мы имѣемъ дѣло уже не съ usucapio hereditatis, а съ usucapio rerum hereditariarum.

2) Давностное обладаніе наслѣдственными вещами [1]).

Послѣ того какъ съ появленіемъ edictum successorium usucapio pro herede въ смыслѣ usucapio hereditatis, перестала существовать, осталась usucapio rerum hereditariarum.

---

[1]) Давностное овладѣніе въ этомъ случаѣ, какъ и въ предъидущемъ, называется usucapio. Longi temporis possessio или praescriptio мѣста не имѣетъ, — потому что, какъ указываютъ романисты, hereditatis petitio парализуетъ longi temporis praescriptio. Послѣднее положеніе два раза выражено въ кодексѣ Юстиніана: 1) l. 4. C. 7. 34 (tit. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio): hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest etc. 2) l. 7. C. 3. 31 (tit. de petitione hereditatis): hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum est: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Очевидно, самое положеніе безспорно, вполнѣ констатировано; но объясненіе его, предложенное романистами, разнорѣчиво. Особенно ихъ смущаетъ при сопоставленіи hereditatis petitio и longi temporis praescriptio послѣдняя фраза: cum mixtae personalis etc. Такъ, *Arndts* (Rheinisches Museum für Iurisprudenz, II, 137 — 144), признающій за heredit. petitio характеръ чистой in rem actio (reine in r. a.), говоритъ, что развѣ только иногда her. pet. была

Digitized by Google

Въ источникахъ римскаго права сохранилось гораздо болѣе свѣдѣній касательно usucapio втораго рода, да и въ литературѣ этотъ вопросъ обработанъ обстоятельнѣе. Но мы разсмотримъ его сравнительно съ usucapio перваго рода не такъ подробно, потому что только древнѣйшій фазисъ usucapio имѣлъ для насъ непосредственный интересъ, въ качествѣ суррогата successio ordinum et graduum; что же касается usucapio rerum hereditariarum, то мы скажемъ о ней, главнымъ образомъ, для того, чтобы представить полную картину развитія всего своеобразнаго института, usucapio pro herede. На этомъ основаніи не вдаваясь въ подробности догматическаго анализа, мы представимъ главные историческіе моменты usucapio rerum hereditariarum. И прежде всего опредѣлимъ періоды существованія этого института [1]).

---

mixta personalis actio (именно, когда ея объектомъ была persönliche Leistung). Напротивъ того, *Хушке* (l. c., p. 225—229) и *Зелль* (Dingliche Rechte, I, 195 и 196) въ природѣ наслѣдственнаго иска видятъ mixta personalis actio, направленную какъ на признаніе se heredem или hereditatem suam esse, такъ и на vindicatio rei suae. И въ fr. 25 § 17 D. 5. 3 говорится: petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales. Вотъ, по Хушке, къ hered. petitio неподходяща l. temp. praescriptio, которая имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда противопоставляется in rem actio; потому-то, и titulus pro herede нельзя было прилагать къ этому виду давности. — Ср. также *Rosshirt*, usucapio pro herede (Arch. f. civ. Praxis, IX, 31 ff.) и *Unterholzner*, Verjährungslehre, 1858 (2-е изданіе, переработанное Ширмеромъ), p. 365.

Съ своей стороны мы добавимъ слѣдующее: разсмотрѣнныя constitutiones principum изданы были при Діоклетіанѣ (III в. по Р. Х.), между тѣмъ еще при Адріанѣ (II в.) вышло Sctum, — о которомъ у насъ будетъ рѣчь ниже—отнимающее отъ узуканіента право защиты противъ притязаній наслѣдника на res hereditariae. Слѣдовательно, уже цѣлымъ столѣтіемъ ранѣе давностное овладѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ могло быть парализовано посредствомъ hereditatis petitio. А до III в. не встрѣчается указаній на longi temporis possessio titulo pro herede.

[1]) Въ дополненіе къ вышеупомянутой литературѣ можно указать еще на слѣдующія сочиненія, которыя касаются usucapio rerum heredi-

Digitized by Google

Періодизація. Эти періоды не трудно опредѣлить если принять въ соображеніе *модификацію характерныхъ признаковъ* usucapio pro herede. Дѣло, вотъ, въ чемъ; Въ исторіи usucapio rer. heredit., это оригинальное явленіе, мало по малу теряетъ свою оригинальность, такъ что въ концѣ концовъ она даже ассимимируется съ обыкновенной давностью. Поэтому, надо обратить вниманіе на характерные признаки. Вотъ, два изъ нихъ: usucapio annua et improba.

Usucapio rer. hered. annua — наслѣдіе отъ usucapio hereditatis. Прежде уже была рѣчь о томъ, почему возникла такая суммарная usucapio, когда объектомъ ея была hereditas; да и потомъ, по свидѣтельству Гая (2, 54): quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditarūs, etiam quae solo tenentur, annua usucapio *remansit.* Этотъ признакъ, какъ мы увидимъ, оказался наиболѣе живучимъ; онъ удержался до конца usucapio pro herede. Далѣе:

Usucapio r. hed. improba. Такъ она именуется Гаемъ (2, 55). Improba она называется потому, что не требуется bona fides. Кромѣ того, Гай даетъ ей названіе *lucrariva*, прибыльной давности. Но послѣднее названіе по замѣчанію многихъ романистовъ, вовсе не характерно, ибо не только всякая usucapio pro herede (будь она proba, или improba) [1]), но и обыкновенная usucapio (sine titulo pro herede) можетъ считаться прибыльной, lucrativa [2]).

---

tariarum: *Unterholzner*, Verjährangslehre; *Sell*, Römische Lehre von dinglichen Rechten, *Fitting*, Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung (Arch. f. civ. Praxis, LII).

[1]) *Unterholzner*, Verjähr., 367. *Fabricius*, Rhein. Mus., V, 27.

[2]) *Arndts*, Beiträge zu verschiedenen Lehren, I, 1837 г., p. 79. Слова Гая (2, 56): haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucrifacit—эти слова должно понимать, говоритъ Арндсъ, такъ: us. p. her. называется при-

Digitized by Google

Improbitas, въ качествѣ характернаго признака usucapio pro herede, держалась до времени Марка Аврелія.

Перечисленные признаки отличаютъ usucapio pro heredes отъ обыкновенной usucapio. Но кромѣ того, въ понятіе объ эффектѣ нашего института входитъ implicite слѣдующій признакъ, свойственный и обыденной usucapio, по которому usucapio является irrevocabilis. Это значитъ, что узукапіентъ, въ качествѣ dominus, имѣетъ право по истеченіи давностнаго срока не возвращать вещь бывшему хозяину вообще, а въ данномъ случаѣ наслѣднику въ частности. Долгое время usucapio pro herede была irrevocabilis; а при Адріанѣ heres получилъ право отнимать посредствомъ hereditatis petitio res hereditariae, хотя-бы даже истекъ положенный срокъ давности. И помянутый признакъ слѣдуетъ принять въ разсчетъ при историческомъ изложеніи usucapio pro herede.

Гай не называетъ usucapio pro herede irrevocabilis, но за то, какъ намъ кажется, этотъ признакъ онъ подразумѣваетъ въ вышеупомянутомъ названіи usucapio lucrativa. Въ самомъ дѣлѣ, онъ говоритъ (2, 57): sed hoc tempore (со времени Адріана) jam non est lucrativa. Значитъ, до Адріана, по Гаю usucapio была lucrativa, а отъ Адріана, который далъ право наслѣднику revocare talem usucapionem, она не стала lucrativa. Очевидно, названіе lucrativa Гай употребляетъ въ смыслѣ irrevocabilis [1]).

Такимъ образомъ, мы видимъ, что usucapio pro herede въ разное время теряла свои особенности. Вотъ, имѣя

быльной, потому что всякій можетъ пріобрѣсти этимъ путемъ завѣдомо (равно какъ и безъ вѣдома) чужую вещь.

[1]) Хотя и послѣ Адріана usucapio могла быть прибыльной, lucrativa въ буквальномъ смыслѣ (если нѣтъ hères или онъ не отнимаетъ rem hereditariam), тѣмъ не менѣе для обозначенія указаннаго признака мы сохранимъ этотъ терминъ, такъ какъ онъ созданъ римской юриспруденціей.

Digitized by Google

въ виду модификацію этихъ особенностей, мы и получаемъ слѣдующіе періоды.

1-й періодъ до Адріана — usucapio p. her. annua, improba, lucrativa (irrevocabilis).

2-й періодъ отъ Адріана до Марка Аврелія—usucapio p. her. annua, improba.

3-й періодъ отъ Марка Аврелія—usucapio annua.

4-й періодъ при Юстиніанѣ—обыковенная usucapio.

Разсмотримъ каждой періодъ въ отдѣльности.

1-й періодъ. Usucapio pro herede annua, improba, lucrativa.

Почему usucapio pro herede осталась оригинальнымъ институтомъ, изолированнымъ отъ обыкновенной usucapio, послѣ того какъ со времени edictum successorium миновала надобность въ usucapio hereditatis, въ смыслѣ суррогота successio ordinum et graduum—источники римскаго права намъ этого не объясняютъ. Казалось-бы, проще всего usucapio pro herede должна была подойти подъ общее ученіе о давности; однако этого на самомъ дѣлѣ не было. Отчего-же? Вѣроятно; консерватизмъ римской юриспруденціи былъ тому причиной. Вѣдь, и творцами usucapio hereditatis можно считать примитивныхъ юристовъ, жрецовъ. А свѣтскіе юристы въ этомъ отношеніи сохранили традиціи отъ своихъ предшественниковъ: 1) какъ usuc. heredit. была annua, такъ и usuc. rer. hered. является годичной, 2) какъ usuc. hereditatis въ глазахъ римскихъ юристовъ могла быть improba (Гай, 2, 52; qui sciat, alieuam rem se possidere, usucapiat, velut rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est etc), таковою-же бывала и usucapio rerum hereditariarum.

Итакъ, послѣдующіе юристы продолжали работать въ духѣ своихъ предшественниковъ. Вотъ, мы теперь и обратимъ вниманіе на тѣ условія usacapio pro herede которыя были выработаны римской юриспруденціей прак-

Digitized by Google

тическимъ путемъ; иначе говоря, мы займемся догматикой вопроса.

а) *Догматика вопроса* вполнѣ удовлетворительно разработана въ современной литературѣ [1]); романисты уже сгруппировали всевозможныя условія usucapionis pro herede, упомянутыя римскими юристами. Мы перечислимъ эти условія подъ тѣми рубриками, которыя составляютъ извѣстный versus memorialis: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

аа) *Res habilis*—вещь должна быть такою, которую можно было-бы узукапировать titulo pro herede; она должна быть res hereditaria, не находящаяся въ чужомъ владѣніи.

α) Res hereditaria—вещь изъ наслѣдственнаго имущества, т. е., такого имущества, хозяинъ котораго умеръ [2]). Поэтому, вещь человѣка живаго не можетъ быть объектомъ usucapionis pro herede [3]).

β) Вещь не должна находиться въ чьемъ-либо владѣніи. Она не должна быть: α) во владѣніи цивильнаго наслѣдника [4]) и β) во владѣніи посторонняго человѣка,

---

[1]) *Rosshirt*, usucapio pro herede (Arch. f. civ. Praxis, 1838, IX, 1—35); *Huschke*, l. c.; *Sell*, römische Lehre der dinglichen Rechte, I (2-е изд. 1852 г.), 188—192; *Unterholzner*, Verjährungslehre, I, 1858 г., pp. 357—364; *Fitting*, Ueber das Wesen des Titels der Ersitzung, IX. Titulus pro herede (Arch. f. civ. Praxis, LII, 1869 г.), pp. 262—267. *Leist*, Besitz, 211—222.

[2]) Gai, 2, 52: velut, si *rem hereditariam* ... aliquis possiderit. Gai, 2, 54: tamen in omnibus *rebus hereditariis* ... annua usucapio remansit. Cic. De leg., II, 19, 48: de bonis, quae ejus fuerint *quum moritur*.

[3]) Нельзя узукапировать вещь живаго человѣка, попавшую по ошибкѣ въ наслѣдственную массу, что видно изъ fr. 1. D. 41. 5: pro herede *ex vivi bonis* nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit. Тоже нельзя продѣлать съ вещью отсутствующаго, котораго по недоразумѣнію считаютъ умершимъ; l. 3 C. 7. 29: opinione falsa mortis pro herede possessio *rerum absentis* procerede *non* potest.

[4]) Gai, 2, 52: rem hereditariam, cujus possessionem heres *nondum* nactus est; Gai, 3, 201: res hereditarias, quarum *non prius* nactus posses-

Digitized by Google

все равно, началось-ли владѣніе послѣдняго еще при жизни умершаго хозяина [1]), или по смерти его [2]).

γ) На разсматриваемую species usucapionis распространяются также тѣ общія правила ученія о давности, которыя не подверглись спеціальному исключенію. Такимъ образомъ, требуется, чтобы вещь вообще можно было узукапировать (Gai, 2, 52: si modo ea res est, quae recipit usucapionem). Точно также въ данномъ случаѣ нельзя овладѣть тою вещью, которая не можетъ быть объектомъ обыденной usucapionis [3]).

бб) *Titulus*, объективнаго основанія владѣнія вещью — вовсе не требуется. Такимъ основаніемъ въ общемъ ученіи о давности обыкновенно является traditio rei. При usucapio pro herede traditio не бываетъ, потому что эта usucapio есть односторонній захватъ наслѣдственнаго имущества. Римскіе юристы причисляютъ даже къ res nullius res hereditariae, antequam aliquis heres existat [4]).

---

sionem... fr. 29 D. 41. 3: quia nec pro herede usucapi posse, quod ab herede possessum est.

[1]) Fr. 68, 69, 70 D. 47. 2: hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat:—aut in qua ususfructus alienus est; — his enim casibus putabat hereditariarum rerum furtum fieri et *usucapionem impediri.*

[2]) Fr. 4 § 24 D. 41. 3: Idem dicendum est (изъ предъидущаго § 23: non poterit capi) in eo, qui eum expulit, qui pro herede possidebat, quamvis sciat, esse hereditarium, т. е. вещь, которою уже овладѣлъ одинъ узукапіентъ, не можетъ быть объектомъ иной usucapio pro herede.

[3]) Cicero Ad Atticum, I, 5: id mirabamur te ignorare, *de tutela legitima,* in qua dicitur esse puella, *nihil* usucapi posse.

[4]) Fr. 1 D. 1. 8 (Гай, 2, 9): res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Въ этомъ случаѣ римскіе юристы исходили, какъ выражается Лейстъ (Besitz, 216), изъ палліативной точки зрѣнія (von dem provisorischen Gesichtspuncte), такъ какъ въ случаѣ, если былъ на лицо призванный наслѣдникъ, то по ретроспективной фикціи его вступленіе въ наслѣдство полагалось съ момента смерти наслѣдодателя (mortis tempus). Вотъ, почему не допускалась простая occupatio (въ то время уже имѣвшая юридическое значеніе ex jure gentium) rei

Digitized by Google

Далѣе, по словамъ источниковъ; всѣ лица, имѣющія testamenti factio passiva [1]) т. е., то правомочіе какимъ долженъ обладать heres ex testamento (право пріобрѣсти въ собственность hereditas), могутъ узукапировать pro herede [2]). Вообще, testamenti factio passiva была довольно обширна [3]), даже свои и чужіе рабы имѣли право пріобрѣтать hereditas. Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ рабы устранялись отъ usucapio pro herede [4]). Почему-же? А потому, объясняетъ Хушке [5]), что титулъ pro herede, включая въ себѣ понятіе о продолженіи чужой имущественно-правовой личности (familia) по собственному волеизъявленію, можетъ быть приложимъ только къ тому человѣку, который имѣетъ право на familia, а рабы были лишены и наслѣдованія по закону, т. е., преемства familia.

Затѣмъ, надо сказать и о значеніи титула pro herede. Причемъ тутъ эта квалификація: pro herede? Вѣдь, узукапіентъ rerum hereditato только dominus, онъ вполнѣ

---

hereditariae, antequam aliquis heres existat.—Хушке, l. c. p. 166, иначе объясняетъ, почему нельзя было оккупировать res hereditariae, antequam etc. Эти вещи составляли familia defuncti; слѣдовательно, онѣ были вещами цивильнаго права, къ которымъ не примѣнялась naturalis acquisitio ipso jure. Contra Leist, 218.

[1]) Fr. 4 D. 41. 5: Constat, eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.

[2]) Лейстъ (p. 232—234) полагаетъ, что юристъ Павелъ, изъ сочиненія котораго (ad leg. Jul. et P. P.) заимствованъ цитованный фрагментъ (4 D. 41, 5), имѣлъ въ виду только *proba* usuc. pro herede, такъ какъ Юстиніанову праву неизвѣстна improba usucapio. Ниже мы увидимъ, что и при Юстиніанѣ встрѣчается improba usucapio.

[3]) Testamentifactio passiva не имѣли перегрины, latini Iuniani, женщины (ограничены въ этомъ правѣ по lex Voconia), юридическія лица (за исключеніемъ церквей, piae causae и учрежденій, получавшихъ особую привиллегію отъ сената или императора, Ulp. 22, 6), personae incertae (своеобразныя правила касательно postumi) и incapaces (lege Iulia et Papia Poppaea).

[4]) Fr. 3 § 4 D. 41, 3: Servus pro herede possidere non potest.

[5]) Huschke, l. c., 181. И вообще, рабы имѣли далеко не самостоятельную testamentifactio, а ex persona domini.

Digitized by Google

не становится въ положеніе heredis; такъ зачѣмъ-же приписывать ему contendere se heredem esse? А эту квалификацію можно объяснить двояко: 1) вмѣстѣ съ другими особенностями (usucapio annua, improba), по всей вѣроятности она осталась отъ прежняго времени, когда узукапіентъ (hereditatis) былъ участникомъ актива и пассива умершаго хозяина [1]). И кромѣ того 2) тотъ узукапіентъ, который tandundem quantum omnes heredes capiat, платитъ sacra согласно 2 понтификальному эдикту.

Наконецъ, вотъ еще что: если узукапіентъ хочетъ быть dominus, то онъ и долженъ владѣть res hereditar. animo domini. Поэтому если онъ переходитъ на прекарное положеніе по согласію съ наслѣдникомъ, то теряетъ право на usucapio [2]).

вв) *Bona fides* при usucapio pro herede не требуется [3]). Въ источникахъ прямо упоминается о томъ, что не дѣлалось различія между bonae и malae fidei possessores [4]).

---

[1]) Leist, Besitz, 217.—О значеніи possessio pro herede и pro possessore будетъ рѣчь впереди.

[2]) Fr. 6 D. 41, 4: qui cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest.

[3]) Хушке (l. c., 201) такъ объясняетъ, почему обходились безъ bona fides при usucapio pro herede: хотя res hereditaria отнимается отъ наслѣдника, однако узукапіентъ ведетъ свое владѣніе не отъ него, а отъ умершаго хозяина; поэтому по отношенію къ наслѣднику его fides совершенно безразлична.—Но это едва-ли такъ, если-бы, дѣйствительно, fides узукапіента для наслѣдника была индифферентной, то не возникло-бы впослѣдствіи crimen expilatae hereditatis (о немъ рѣчь ниже). Отсутствіе bona fides при usucapio rerum hereditariarum лучше объяснять, какъ мы видѣли, исторически: остаткомъ отъ usucapio hereditatis, сохранившимся благодаря консерватизму римской юриспруденціи.

[4]) Fr. 11, 12 и 13 pr. D. 5. 3: pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an etctis, qui scit se *heredem non esse*, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri; quo jure nos uti Proculus scribit. — Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem *vel per mendacium*.—Nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo *fur et raptor* petitione hereditatis tenentur.

Digitized by Google

Usucapio improba, какъ выражаются римскіе юристы, была дозволена (Gai, 2, 52; 3, 201: usucapere *concessum* est); она не считалась преступнымъ похищеніемъ чужаго имущества (Gai, 3, 201: *nec* creditur *furtum* fieri), хотя всѣ данныя подходили къ составу преступленія furtum [1]).

гг) *Possessio* требуетъ 3 условія: а) она должна быть начата не ранѣе смерти бывшаго хозяина, б) съ самаго начала и до конца она должна быть pro herede и в) possessio должна быть непрерывна.

αα) О томъ, что usucapio pro herede начинается не раньше смерти прежняго хозяина, мы уже говорили.

ββ) Improba usucapio съ начала и до конца должна быть pro herede; иной титулъ промѣнять на титулъ pro herede нельзя въ силу извѣстнаго положенія: nemo sibi causam possessonis mutare potest [2]).

---

[1]) Опредѣленіе (fr. 1. § 3 D. 47. 2) таково: furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia. И usucapio pro herede происходила также lucri faciendi gratia, о чемъ и говорится (fr. 2 § 1 D. 41. 5): neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. Интересно, какъ объясняли римскіе юристы, почему нѣтъ furtum hereditatis, которымъ еще не успѣлъ овладѣть наслѣдникъ (fr. 1 § 15 D. 47. 4): Scaevola . . , *si nullus sit possesor*, furtum negat fieri; idcirco autem hereditati furtum non fieri, *quia possessionem hereditas non habet*, quae facti est etanimi etc. Мнѣніе Сцеволы принимаетъ Ульпіанъ, изъ сочиненія котораго (liber 39 ad edictum) заимствованъ цитованный фрагментъ. Гай (2, 9) тоже, какъ мы видѣли, res hereditarias называетъ nullius in bonis. По такой конструкціи, дѣйствительно, не можетъ быть рѣчи о furtum. И на сколько послѣдовательны были римскіе юристы въ своей конструкціи, можно судить потому, что впослѣдствіи, хотя похищеніе наслѣдства, непринятаго наслѣдникомъ, и было признано преступнымъ дѣяніемъ, однако свое преступное дѣяніе не было названо furtum, а инымъ терминомъ (см. ниже).

[2]) Это положеніе нѣсколько разъ повторяется въ дигестахъ. Такъ, два фрагмента начинаются почти одинаково: fr. 33 § 1 D. 41. 3: quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare nonposse, toties verum est, — quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et lueri fa-

Digitized by Google

Владѣніе должно быть непрерывно. Вслѣдствіе перерыва давности (usurpatio civilis, naturalis) [1]), не шелъ въ зачетъ весь предшествовавшій періодъ владѣнія [2]).

Tempus—годичный срокъ, о которомъ мы не разъ прежде уже говорили.

Познакомившись, такимъ образомъ, съ постановкой usucapio annua, improba et lucrativa въ догмѣ римской юриспруденціи, намъ слѣдовало-бы перейти теперь къ дальнѣйшей исторіи usucapio pro herede; но предварительно мы должны указать на вопросъ, затронутый въ литературѣ: не оставалось-ли слѣдовъ прежней usucapio hereditatis въ классической юриспруденціи?

б) *Слѣды прежней usucapio hereditatis* подмѣчаетъ Хушке (l. c., 160—163) въ fr. 2 D. 41. 3, гдѣ юристъ Яволенъ сообщаетъ объ одномъ казусѣ, подвергшемся неудачной эмендаціи со стороны компиляторовъ. Вотъ, текстъ этого фрагмента, возстановленнаго Хушке (реставрація въ скобкахъ):

Ei (heredi), a quo fundum pro herede (vel fiduciae causa mancipatum) diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an ullius momenti eam locationem existi-

---

ciendi causa inciperet possidere. Fr. 2 § 1 D. 41. 5: quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligitur. Въ томъ и другомъ фрагментѣ приводятся соотвѣтствующіе примѣры.—Мы еще разъ вернемся къ этому положенію, когда будемъ говорить объ usucapio proba.

[1]) Fr. 2 D. 41 3: usurpatio est usucapionis interruptio. Fr. 5 D. eod: *naturaliter* interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur. Usurpatio civilis иначе называется interpelatio. Напр. fr. 2 § 21, 13 D. 41. 4.

[2]) Хушке, l. c., 210—314, видитъ указаніе на interruptio usucapionis pro herede въ концѣ fr. 5 D. 41. 3, гдѣ говорится о томъ, что при interruptio naturalis не обращается вниманіе, pro suo quisque possideat, an *ex lucrativa causa*. А usucapio pro herede есть отдѣльный случай possessio ex lucrativa causa.

Digitized by Google

mes, quaero. Quod si nullius momenti existimas, an durare nihilominus usucapionem ejus fundi putes? Item quaero, si eidem vendidero eum fundum: quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes? Respondit, si, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est: quia dominus suam rem conduxisset. Sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit: ideoque longi temporis praescriptio (usucapio) non durabit. In venditione idem juris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.

Хушке такъ разсуждаетъ: если отъ владѣльца по сингулярному титулу вещь переходитъ къ хозяину ея, то владѣніе прекращается. Это общее правило. Въ данномъ-же случаѣ возникло сомнѣніе, потому что, вѣроятно, на possessor pro herede глядѣли—по традиціи отъ давняго времени—какъ на владѣльца съ универсальнымъ титуломъ, въ рукахъ котораго находится не только fundus но и вся hereditas; на этомъ основаніи казалось, что и heres, взявшій въ аренду всю hereditas, не вошелъ въ недѣйствительную сдѣлку и pro herede possessor продолжалъ быть владѣльцемъ hereditas. Однако Яволенъ разрѣшилъ вопросъ съ точки зрѣнія современной ему usucapio rerum hereditariarum: такъ какъ heres вступаетъ въ собственность умершаго хозяина, а на possessor pro herede, хотя онъ и съ универсальнымъ титуломъ, можно лишь смотрѣть, какъ на владѣльца fundi, — locatio nullius momenti est и нельзя далѣе владѣть fundum.

И такъ, намекъ на прежній фазисъ usucapio Хушке усматриваетъ въ томъ проблематическомъ сомнѣніи, которое будто-бы заставило Яволена разрѣшить данный казусъ. Значитъ, явныхъ слѣдовъ usucapio hereditatis вовсе не имѣется. Но, какъ намъ кажется, возможно обойтись и безъ предполагаамыхъ слѣдовъ. И вотъ почему.

Первое положеніе въ разсужденіи Хушке (если отъ

Digitized by Google

владѣльца съ сингулярнымъ титуломъ вещь переходитъ къ хозяину ея, то владѣніе прекращается) не такъ безусловно, какъ оно полагаетъ. Въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ оно подлежитъ каждый разъ обсужденію, такъ какъ при этомъ обращаютъ вниманіе на многія сопутствующія обстоятельства;[1]) а тѣмъ болѣе въ данномъ казусѣ былъ поводъ задуматься юристу, имѣвшему дѣло не съ простымъ сингулярнымъ, а съ фиктивнымъ универсальнымъ титуломъ pro herede. Этихъ обстоятельствъ было достаточно для того, чтобы навести Яволена на размышленіе.

При жизни Гая (2, 57) usucapio pro herede утратила характеръ выгоднаго (lucrativa) пріобрѣтенія имущества. Посмотримъ, какъ произошла эта утрата.

2-й періодъ. Usucapio pro herede annua, improba.

При Адріанѣ было издано senatusconsultum, о которомъ Гай (2, 57) сообщаетъ слѣдующее:

> sed hoc tempore jam non est lucrativa; nam ex auctoritate (divi) [2]) Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Heres получилъ право отнимать res hereditariae отъ

---

[1]) Fr. 28 D. 41. 2: Si aliquam rem possideam, et eanden postea conducam, an amittam possessionem? *Multum refert*, in his quid agatur; primum enim refert, *utrum sciam* me possidere, an ignorem, et utrum *quasi non meam* ream conducam, an quasi meam, et sciens, meam esse, utrum quasi *proprietatis* respectu, an *possessionis* tantum. Nam et si rem meam tu possideas, et ego emam a te possessionem ejus rei, vel stipuler, *utilis* erit *emtio* et *stipulatio*; et sequitur, ut et precarium, et conductio, (si) specialiter possessionis solius conducendae, vel precario rogandae animus interveniat.

[2]) Въ рукописи hauctoritatem; изъ m Хушке сдѣлалъ d. начальную букву эпитета divus.

Digitized by Google

узукапіента даже по истеченіи давностнаго срока. Въ виду такой важной реформы мы скажемъ нѣсколько словъ о названіи Sctum и о самой revocatio.

а) *Названія* сенатскаго постановленія Гай не приводитъ. Многіе предполагаютъ [1]), что подъ этимъ Sctum скрывается Sctum Inventianum, о которомъ говорится въ титулѣ дигестъ de hereditatis petitione [2]); но, строго говоря за неимѣніемъ болѣе подходящихъ указаній на тожественность обоихъ Scta (кромѣ того, что въ томъ и другомъ сенатскомъ постановленіи рѣчь идетъ о *различныхъ* предъявленіяхъ *одного и того-же* иска hereditatis petitio), сказанное предположеніе остается окрытымъ.

б) *Revocatio* hereditatis происходитъ посредствомъ hereditatis petitio. Остановимся на вопросѣ, кто является истцомъ и отвѣтчикомъ по Sctum Hadriani.

а) Истцомъ выступаетъ прежде всего, безъ сомнѣнія, heres. Что-же касается bonorum possessor, то еще Хушке указывалъ (217—219), что онъ могъ отнять rem hereditariam отъ узукапіента, буде даже истекъ давностный періодъ. А Келлеръ [3]) пошелъ еще дальше; онъ утверждалъ что въ этомъ отношеніи interdictum quorum bonorum предупредилъ предписаніе адріановскато Sctum. Но это не такъ. Переведемъ слова интердикта (fr. 1 pr. D. 43. 2):

---

[1]) *Arndts*, Beiträge. 81 not. 146, *Vangerow*, L, § 320; Leist, Besitz. 252.—Contra *Schilling*, Institutionen, 1837, II, p. 571, not. h.

[2]) Sctum Iuventianum вышло въ 129 году. Объ изданіи его сообщаетъ Ульпіанъ (20 § 6 D. 5. 3) слѣдующее: Pri die idus Martias Q. I. Balbus et P. *Iuventius* Celsus, Tit. Auf., Oen. Sever. consules verba fecerunt de his, quae Imprerator Caesar, Trajani Parthici filius, divi Nervae nepos, *Hadrianus* Augustus Imperator maximusque princeps *proposuit* etc.

[3]) *Keller*, Institutionen, 1861, § 274, p. 252.

Digitized by Google

Ait praetor: quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, *si nihil usucaptum esset*, quod quidem dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas.

Преторъ говоритъ: по моему эдикту ему (истцу) предоставляется владѣніе этими вещами, а ты (отвѣтчикъ) долженъ возвратить все то, чѣмъ владѣешь или овладѣлъ (pro herede aut pro possessore), *если ничего не было узукапировано* [1]), даже то, съ чѣмъ ты обращался злонамѣренно, отступая отъ своего обладанія.

Можно ограничиться однимъ грамматическимъ толкованіемъ. По буквальному смыслу очевидно, что при interdictum quorum bonorum подлежитъ реституціи все то, что не было узукапировано. Значитъ, этотъ интердиктъ не уничтожаетъ эффекта usucapionis pro herede [2]). Впер-

---

[1]) Переводъ *Iousserandot* (L'édit perpétuel, 1883 г., t. II, p. 341) si vous n'en aviez rien usucapé etc.

[2]) Многіе, (напримѣръ, Arndts, Rhein. Mus, II, 135 ff. *Huschke*, l. c. 215, *Unterholaner*, l. c., 266 и др.) иначе думаютъ: interd. quorum bonorum парализовалъ эффектъ usucapionis pro herede. Въ доказательство они указываютъ на то, будто слова *si nihil usucaptum esset* представляютъ собою перефразу изъ Setum Hadriani: atque si usucapta non esset. Противъ этого, вотъ, что можно сказать. Во-первыхъ, interdictum quorum bonorum, это спеціальное средство защиты bonorum possessio, возникшей, какъ мы видѣли, еще до Р. Х., былъ редактированъ преторомъ гораздо ранѣе Setum Hadriani. По этому, ближе къ истинѣ нами предложенное буквальное толкованіе, независимое отъ Setum Hadriani. Во-вторыхъ, если даже допустить, что впослѣдствіи подъ вліяніемъ Setum Hadriani редакція интердикта была измѣнена (прежде не было вовсе фразы: si nihil et., а потомъ, она явилась, представляя собою перефразу: atque si etc), то и по этой презумпціи interd. quorum bonorum *до* Setum Hadriani не въ состояніи уничтожить эффекта usucapionis pro herede.

Digitized by Google

вые Sctum Hadriani управомочилъ heredem revocare talem usucapionem [1]).

б) *Отвѣтчикомъ* является, по смыслу сообщенія Гая, всякій узукапіентъ; причемъ, такъ какъ и improba usucapio не считалась преступной (nec furtum creditur fieri), то надо палагать, не обращалось вниманія, была-ли то bonae или malae fidei possessio [2]).

Вотъ, все, что извѣстно намъ о Sctum Hadriani, по которому наслѣдникъ могъ отобрать rem usucaptam. Но вслѣдствіе того, что это sctum родственно было sctum Iuventianum, трактующемъ о другихъ случаяхъ revocatio rerum hereditariarum, въ литературѣ обыкновенно вопросъ ставится гораздо шире. Именно, романисты имѣютъ въ виду провести различіе между possessores pro herede и pro possessore. Не вдаваясь въ подробности, скажемъ коротко о томъ, что сдѣлано по этому вопросу.

в) *Вопросъ о различіи между possessores pro herede*

---

[1]) Были-ли уполномочены, *безъ сомнѣнія* (Хушке, 215), revocare usucapionem фискъ, кредиторы и bonorum emptor—не столько сомнительно, сколько неизвѣстно.

[2]) Раньше другихъ Арндтсъ отожествляющій Sctum Hadriani съ Sctum Iuventianum, доказалъ, что и bonae и malae fidei possessores pro herede обязаны были restituere res hereditarias хотя-бы и usucaptas. Съ этой цѣлью Арндтсомъ написана была спеціальная статья (Rhein. Mus. 1828 г., II, 125 ff.). Независимо отъ изслѣдованія Арндтса, Фабрицій (Ibid. IV и V) пришелъ къ тому-же результату. Впослѣдствіи (1837 г.) Arndts въ своихъ Beiträge zu verschiedenen Lehren (p. 75 ff) диспутировалъ съ Фрицомъ (Erläuterungen zu Wening-Ingenheim 's Lehrbuch d. Civilr, 330 ff.), защищая свое прежнее мнѣніе.

Точно также, если допустить, что interdictum quorum bonorum (во всякомъ случаѣ послѣ изданія Sctum Hadriani) могъ парализовать эффектъ usucapionis pro herede, то подъ отвѣтчиками слѣдуетъ разумѣть и bonae и malae fidei possessores. Savigny (Vermischte Schriften, II, 238 ff.) относилъ сюда только bonae fidei possessores, полагая что при словѣ интердикта *possideresve* (см. вышеприведенную цитату) надо подразумѣвать *pro possessore*, а не *pro herede*. Но противъ этого голословнаго предположенія всѣ остальные романисты (напримѣръ, *Vangerow*, Pandecten, § 320, 1-й т. 7-го изданія, стр. 596).

Digitized by Google

и possessores pro possessore, въ качествѣ лицъ отвѣтственныхъ при hereditatis petitio, составляетъ одну изъ довольно сложныхъ контроверзъ.

Разнорѣчивыя мнѣнія можно представить на слѣдующей схемѣ:

АВТОРЫ.	Possessores pro herede.	Possessores pro possessore.
1. *Ардтсъ* (Rh. Mus, II, 125) и другіе писатели.	bonae fidei possessores.	m. f. possessores.
2. *Хугике* (l. c. 203 ff.), Франке и др.	b. et m. f. pos.	praedones, не выдающіе себя pro herede.
3. *Фиттингъ* (Akh. f. c. pr., LXI, 1869, 239—263).	1) при *improba et lucrativa usucapio* pro herede не было различія между pro h. и pro pos. possessores.	
	2) при *hereditatis petitio*.	
	probus possessor.	improbus possessor.
5. *Лейстъ* (Besitz, 234—263).	1) до Адріана.	
	всякій (b. et m. f.) pos. p. h., т. е., is, qui contendit seheredem esse (противъ него heretatis petititio).	qui non contendit se heredem esse (противъ него rei vindicatio).
	2) отъ Адріана.	
	probus pos: pro herede.	improbus pos. pro herede.

Digitized by Google

Лейстъ удачно поставляетъ на видъ промахи своихъ предшеественниковъ. И его мнѣніе, надо сказать, дѣйствительно, наиболѣе богато аргументами. Но нельзя не замѣтить и въ аргументаціи Лейста слѣдующаго противорѣчія.

Pro possessore possessor у Лейста называется [1]) praedo, qui non contendit se heredem esse; онъ не можетъ вовсе узукапировать pro herede (стр. 242). Далѣе, со времени Sctum Juventianum, которое Лейстъ цѣликомъ отожествляетъ съ Sctum Hadriani, improbus pro herede possessor становится въ разрядъ pro possessore possessores [2]). Что-же изъ этого слѣдуетъ? А то, что improbus pro herede possessor также не можетъ болѣе узукапировать. Между тѣмъ, тотъ-же Лейстъ, основываясь на вышеприведенныхъ словахъ Гая (2, 57), совершенно справедливо замѣчаетъ (стр. 264) что improba usucapio pro herede и послѣ Адріана сохранила право на легальное существованіе (ein wirksames Rechtsinstitut) по от-

---

[1]) Fr. 11, 12, 13 D. 5. 3: pro possessore possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit «quia possideo»; nec contendet se heredem vel per mendacium. Такихъ владѣльцевъ pro possessore въ дигестахъ не мало: нѣкто покупаетъ вещь отъ furiosus (fr 13 § 1 D. eod.); онъ не можетъ узукапировать также, какъ и тотъ, кто покупаетъ завѣдомо чужую вещь (2 § 1 D. 41. 4: possidet, licet usu non capiat). См. Leist, 241.

[2]) Характеристику лицъ, отвѣтственныхъ по Sctum Juventianum, Лейстъ выводитъ, стр. 250 и 251, изъ параллельнаго обзора фрагментовъ Гая и Ульпіана. По Гаю (4, 144): pro possessore is possidet, qui *sine causa* aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem *sciens ad se non pertinere* possidet. Подчеркнутыя условія pos. pro pos. встрѣчаются также въ томъ фрагментѣ Ульпіана, въ которомъ рѣчь идетъ о Sctum Juventianum. Fr. 25 § 2 D. 5. 3: Quod ait senatus: eos qui bona invasissent, quae *scirent ad se non pertinere*. Fr. 25 § 3 D. 5. 3: Quod autem ait senatus «eos qui bona invasissent», loquitur de *praedonibus*, id est, de his, qui, *cum scirent ad se non pertinere hereditatem*, invaserunt bona, scilicet cum *nullam causam* haberent possidendi.

Digitized by Google

ношенію къ третьимъ лицамъ (не наслѣднику). Отчего-же происходитъ это странное противорѣчіе?

Его можно объяснить двояко.

Во-первыхъ, если не признавать тожества между обоими сенатскими постановленіями, тогда, очевидно, невѣрно будетъ положеніе, по которому improbus pro herede possessor со времени Sctum Hadriani поступаетъ въ разрядъ possessores pro possessore.

Во-вторыхъ, если даже допустить, что Sctum Hadriani, о которомъ говоритъ Гай, есть ничто иное, какъ *отдѣльная статья* изъ Sctum Juventianum, то и въ этомъ случаѣ возможно оспаривать сказанное положеніе Лейста. Прежде всего, не трудно наглядно показать, что (буде презумпція, по которой Гай имѣлъ въ виду именно Sctum Iuventianum, справедлива) Sctum Hadriani только и можетъ быть отдѣльной статьей изъ Sctum Juventianum.

Гай, 2, 57: sed hoc tempore jam non est lucrativa; nam ex auctoritate divi Hadriani sctum factum est, ut *tales* (т. е. lucrativae) usucapiones revocarentur.

Fr. 3 § 12 D. 5. 3: nam ita senatus locutus est: *qui se heredes existimassent....*

fr. 25 § 5. D. 3: de eo autem loquitur senatus, qui *ab initio mente praedonis* res hereditarias apprehendit. Quodsi ab initio quidem justam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere, praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur.

Изъ этихъ фрагментовъ легко видѣть, что на основаніи Sctum Hadriani наслѣдникъ выступаетъ съ hereditatis petitio противъ lucrativae usucapiones pro herede

Digitized by Google

вообще, т. е., противъ всякихъ (malae et bonae fidei) possessores, а по Sctum Juventianum отвѣтчиками при hereditatis petitio являются, во-первыхъ, всѣ тѣ, qui se heredes existimassent, т. е. также bonae et malae fidei possessores pro herede, да кромѣ того, во-вторыхъ, qui ab initio mente praedonis res hereditarias apprehendit (значитъ, qui non conendit se heredem esse), т. е., possessor pro possessore, даже владѣлецъ, сначала полагавшій, что у него есть justa causa, а потомъ убѣдившійся въ противномъ (и тѣмъ не менѣе не прекратившій владѣнія) не отвѣчаетъ по Sctum Juventianum. Такимъ образомъ, если представить названное sctum состоящимъ изъ двухъ частей, изъ которыхъ въ первой говорится объ отвѣтственности possessores pro herede, а въ другой о possessores pro possessore, то слѣдуетъ полагать, что Гай имѣлъ въ виду первую часть сенатскаго постановленія. Слѣдовательно, possessores pro possessore остались въ сторонѣ отъ possessores pro herede. И въ Sctum Juventianum, на сколько оно намъ извѣстно, вовсе не говорится о превращеніи владѣльцевъ pro herede во владѣльцевъ pro possessore. Напротивъ того, въ литературѣ единогласно признается, что и послѣ названныхъ sctа всякая usucapio pro herede оставалась въ силѣ по отношенію къ третьимъ лицамъ (не наслѣднику).

На основаніи всего сказаннаго въ Sctum Hadriani можно видѣть только законодательный актъ, отнявшій отъ usucapio pro herede эпитетъ lucrativa, въ смыслѣ ab herede irrevocabilis. Слѣдующій отличительный признакъ, improbitas, usucapio pro herede потеряла при Маркѣ Авреліи, такъ что со времени Марка Аврелія осталась одна особенность—usucapio annua.

3-й періодъ. Usucapio pro herede annua.

Oratio divi Marci признаетъ посягательство на aliena hereditas преступленіемъ, crimen expilatae hereditatis. Вотъ, мы прежде всего и остановимся на этой oratio,

Digitized by Google

а потомъ скажемъ о томъ видѣ usucapio pro herede annua, который оставался въ силѣ и послѣ oratio divi Marci.

а) *Oratio divi Marci.* Вопросу о crimen expilatae hereditatis въ дигестахъ отведенъ 19-й титулъ 47-й книги. По этому вопросу въ литературѣ большое разногласіе. Нѣкоторые писатели не придаютъ надлежащаго значенія oratio, другіе полагаютъ, что со времени этой oratio нѣтъ болѣе improba usucapio. Сначала приведемъ мнѣнія писателей, а потомъ и сами выскажемся по тому же вопросу.

аа) Лейстъ, Хушке и Фиттингъ, каждый по своему соображенію, не придаютъ значенія oratio divi Marci въ исторіи usucapio pro herede.

Лейстъ обходитъ даже эту конституцію молчаніемъ; далѣе Sctum Hadriani онъ не ведетъ исторію нашего института.

Хушке (стр. 222) считаетъ лишнимъ разсматривать oratio, такъ какъ extraordinatia accusatio, обвиненіе, возникавшее по поводу crimen expilatae hereditatis, онъ признаетъ равносильнымъ hereditatis petitio. Дѣйствительно, послѣ того какъ была издана oratio, поднятъ былъ однажды вопросъ объ отношеніи ея къ Sctum Hadriani; и этотъ вопросъ разрѣшили въ томъ смыслѣ, что heres получилъ право выбора (electio) преслѣдовать человѣка, овладѣвшаго наслѣдственнымъ имуществомъ, уголовнымъ порядкомъ (extra ordinem apud praefectum urbi vel apud praesides), или по прежнему гражданскимъ порядкомъ посредствомъ hereditatis petitio [1]). Это такъ; но все-таки Хушке не объясняетъ, въ чемъ-же состояла oratio divi Marci.

---

[1]) Fr. 3 D. 47. 19: Divus Severus et Antoninus rescripserunt *electionem* esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis extra ordinem apud praefectum urbi vel apud praesides agere, an hereditatem a possessoribus *jure ordinario* (т. е. hereditatis petitione) vindicare.

Digitized by Google

Фиттингъ (Arch. f. civ. pr. LII, 271) обращаетъ вниманіе на то, что и въ Юстиніановыхъ сборникахъ права встрѣчается improba usucapio pro herede. Отсюда онъ дѣлаетъ такой выводъ: во всякомъ случаѣ въ теоріи (что было на практикѣ намъ неизвѣстно) improba us. p. h. держалась вплоть до Юстиніана. — Когда мы будемъ говорить объ usucapio p. h. по Юстиніанову праву, тогда и объяснимъ improba usucapio по corpus juris civilis.

бб) Большинство романистовъ противнаго мнѣнія. Съ легкой руки Арндтса [1]) пошло въ ходъ мнѣніе, что Маркъ Аврелій совсѣмъ устранилъ impoba usucapio [2]). Но какъ писатели перваго рода не оспариваютъ серьезно помянутое значеніе orationis divi Marci, такъ и ихъ противники ограничиваются одною ссылкою на 19-й тит. 47-й кн. дигестъ, а здѣсь *прямаго*, буквальнаго подтвержденія ихъ мнѣнія не находится. Взглянемъ на ratio legis.

вв) До Марка Аврелія improba usucapio pro herede считалась вполнѣ легальнымъ институтомъ; она ничего не имѣла общаго съ похищеніемъ чужаго имущества, furtum. Nec furtum fieri creditur, — говорилось, какъ мы видѣли, въ источникахъ. Адріанъ сдѣлалъ починъ въ дѣлѣ устраненія особенностей usucapio pro herede. Маркъ Аврелій продолжалъ это дѣло; онъ призналъ improba usucapio pro herede *нелегальнымъ* институтомъ, т. е. такимъ, который не долженъ имѣть охраны въ дѣйствующемъ законодательствѣ. И такъ какъ impoba usucapio не приравнивалось къ furtum, то онъ назвалъ всякій недобро-

---

[1]) *Arndts*, Rh. Mus., II, 133.

[2]) *Unterholzner*, Verjähr., I, 371; *Pagenstecher*, Röm. Lehre von Eigenthum, II, 321. *Schilling*, Institutionen, II, § 169, not. h.—Тоже во французской литературѣ; напримѣръ, *Van-Wetter*, Cours élémentaire de droit romain, 1871 г., I, § 105, p. 384.

Digitized by Google

совѣтный захватъ или похищеніе чужаго наслѣдственаго имущества, которымъ не успѣвалъ овладѣвать наслѣдникъ, особымъ преступленіемъ, crimen expilatae hereditatis. Объ этомъ ясно говорится въ fr. 2 § 1 D. 47. 19.

> Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, *quo casu furti agi non potest*, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam, *antequam res a herede possessae sunt*.

Новое преступное дѣяніе составляло предметъ extraordinariae cognitionis [1]) магистрата (городскаго префекта или начальника провинціальнаго), который самъ изслѣдовалъ все дѣяніе и постановлялъ приговоръ.

> Fr. 2 pr. D. 47. 19: si expilatae hereditatis crimen intendatur, praeses provinciae cognitionem suam accomodare debet; quum enim furti agi non potest, solum superest auxilium praesidis.

Такая реформа Марка Аврелія, надо сказать, была вполнѣ своевременой. Вѣдь, improba usucapio до этого времени такъ долго не считалась преступнымъ явленіемъ, главнымъ образомъ, потому, что узукапіантъ несъ сакральную повинность; именно, по второму понтификальному эдикту (Сцеволы) повиннымъ платить sacra являлся тотъ узукапіентъ, qui tantundem capiat, quantum omnes heredes. Ко времени-же Марка Аврелія, какъ извѣстно, авторитетъ римской религіи совсѣмъ пошатнулся. То былъ канунъ признанія христіанства господствующей религіей. Тогда сакральная повинноеть или совсѣмъ не исполнялась, или, буде даже она исполнялась, все-таки

---

[1]) Fr. 1 D. 47. 19: si quis alienam hereditatem expilaverit, *extra ordinem* solet coërceri per accusationem expilatae hereditatis sicut et Oratione Divi Marci cavetur.

Digitized by Google

не ставила человѣка въ привилегированое положеніе [1]). Такимъ образомъ, oratio divi Marci вполнѣ въ духѣ времени: она отняла отъ недобросовѣстнаго узукапіента его привилегированое (легальное) положеніе [2]).

Послѣ oratio divi Marci сохранила юридическое значеніе одна annua proba usucapio pro herede. Теперь мы разсмотримъ, что разумѣли подъ proba usucapio.

б) *Proba usucapio pro herede* близко подходитъ къ регулярной или обыкновенной usucapio. Все отличіе отъ послѣдней заключается въ срокѣ давности. Proba usucapio pro herede была годичной (наслѣдіе отъ lucrativa usucapio) для всякаго рода вещей. Ея условія лучше всего выяснятся по сравненію съ improba usucapio.

аа) По сравненію съ *improba usucapio* условіе для proba usucapio таково: узукапіентъ долженъ putare или contendere se heredem esse на какомъ-нибудь объективномъ основаніи, justa causa; напримѣръ, полагаясь на духовное завѣщаніе, которое безъ вѣдома узукапіента оказывается впослѣдствіи уничтоженымъ. Для improba usucapio также требуется contendere se heredem esse; но это стремленіе не обусловлено justa causa, ибо дозволяется contendere se heredem *per mendacium quidem*. Очевидно, для proba usucapio тѣже условія, что и для регулярной давности.

бб) Далѣе, *случаи добросовѣстнаго* овладѣнія наслѣдственнымъ имуществомъ бывали съ давнихъ поръ, со времени существованія usucapio pro herede. Приводятъ слѣдующіе случаи [3]).

---

[1]) По замѣчанію *Буасье*, римская религія (русскій переводъ г-жи Корсакъ), стр. 735, народная нравственность была корыстною. Богамъ платили только тогда, когда ожидали отъ нихъ услуги.

[2]) Гай въ своихъ институціяхъ ничего не говоритъ объ oratio divi Marci, вѣроятно, по той причинѣ, что она ему не была извѣстна. Гай жилъ при Адріанѣ, а когда онъ умеръ, мы не знаемъ.

[3]) Huschke, 209; Keller, Institutionen, 253; Leist, p. 225; Unterholzner, p. 371, и др.

Digitized by Google

α) Нѣкто полагаетъ, что онъ heres, будучи на самомъ дѣлѣ таковымъ [1]).

β) Тотъ, кто по извинительной ошибкѣ (justa causa existimandi) putat se heredem esse [2]).

γ) Bonorum possessores; они могутъ putare se heredes esse или даже scire se non heredes esse. Во всякомъ случаѣ они имѣютъ justam causam possessionis [3]) и, какъ полагается, владѣютъ pro herede [4]).

δ) Is, qui putat se bonorum possessorem esse [5]).

вв) Наконецъ упомянемъ еще *о преимуществахъ* добросовѣстнаго владѣльца pro herede предъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ [6]).

α) Bonae fidei possessor владѣетъ по праву плодами вещи; такого владѣнія нѣтъ у malae fidei possessor. Точно также добросовѣстный владѣлецъ можетъ прибѣгнуть къ furti actio, если вещь у него похищаютъ; а недобросовѣстному владѣльцу furti actio non datur [7])

---

[1]) Гай. 4, 144; pro herede autem videtur possidere tam is, qui heres est.

[2]) Гай, ibid. (продолженіе): quam is, qui putat se heredem esse.

[3]) Fr. 11. D. 41. 2: juste possidet, qui auctore praetore possidet, а bonorum possessores вступаютъ во владѣніе съ соизволенія претора.

[4]) Fr. 11. D. 5. 3: sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

[5]) Напримѣръ, изъ fr. 20 § 13 D. 5. 3 видно, что тотъ, кто putat se bonorum possessorem esse, считался possessor justus. Въ этомъ фрагментѣ говорится licet autem senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment, vel alios, successores *justos* etc. Еще болѣе несомнѣнно изъ fr. 33 § 1 D. 41. 3: si *justam causam habuerit existimandi*, se heredem vel bonorum posses sorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit etc.

[6]) Leist, 222—234 Selli, dingliche Rechte, 188; Huschke, 198—201.

[7]) Fr. 12 § 1. D. 47. 2. Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest ejus, rem non surripi, quippe cum res periculo ejus sit. Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem, et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur. То, что improbus pro herede possessor не имѣетъ furti actio, слѣдуетъ изъ

Digitized by Google

β) Когда наслѣдникъ обращается противъ владѣльца pro herede съ hereditatis petitio, то possessor, согласно Sctum Hadriani, во всякое время обязанъ реституировать всѣ res hereditarias. Такъ, вотъ, при этой реституціи probus possessor оказывается въ болѣе выгодномъ положеніи, сравнительно съ improbus possessor, потому что за него *arbitrium* judicis, а въ положеніе недобросовѣстнаго владѣльца судья не вступается [1]).

γ) Положеніе: nemo sibi causam possessionis mutare potest, обязательное для improbus possessor, необязательно для probus possessor pro herede. Объ этомъ заключаютъ изъ fr. 33 § 1 D. 41.3, гдѣ, между прочимъ, говорится:

> Idem hic, si a domino heres institutus fuerit vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius: si justam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, *nec causam possessionis sibi mutare videbitur*.

И такъ, со времени Марка Аврелія, лишившаго improba usucapio pro herede юридической охраны, отъ всего института осталась одна особенность—usucapio annua. Полнѣйшей ассимиляціи съ регулярной давностью usucapio pro herede достигла по Юстиніанову праву. Намъ и осталось сказать объ usucapio при Юстиніанѣ, въ качествѣ эпилога ко всей исторіи нашего института.

4-й періодъ. Usucapio pro herede *при Юстиніанѣ.*

Когда usucapio pro herede потеряла свой послѣдній отличительный признакъ и сохранились-ли слѣды прежней improba usucapio въ сборникахъ Юстиніана—вотъ, о чемъ поговоримъ въ заключеніи исторіи usucapio pro herede.

---

71 (72) § 1 D. 47. 2. Здѣсь рѣчь идетъ объ improba usucapio; объ этомъ можно заключить по предложенію: *quamvis* usucapere quis possit.

[1]) *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte, II, § 36, p. 133.

Digitized by Google

а) *Ассимиляція* не произошла, повидимому, по какому-нибудь особому законодательному акту. Но, безъ сомнѣнія, послѣ того какъ въ 531 году по извѣстной конституціи Юстиніана de usucapione transformanda (Cod. 7.31), было окончательно уничтожено различіе между usucapio и longi temporis praescriptio или possessio, т. е. послѣ того какъ usucapio, въ качествѣ самостоятельнаго юридическаго института, вышла изъ употребленія, то и отдѣльные виды usucapionis (значитъ и usucapio pro herede) не имѣли болѣе права на существованіе. Такимъ образомъ, usucapio pro herede, haec species usucapionis, къ тому времени постепенно утратившая почти всѣ свои особенности, не признавалась болѣе annua, такъ какъ были введены названной конституціей Юстиніана однообразные сроки давности при овладѣніи вещами по всякаго рода титуламъ.—Быть можетъ, usucapio pro herede потеряла свою послѣднюю особенность (usucapio annua) обычнымъ путемъ и до 531 года; быть можетъ, ранѣе этого года была издана спеціальная конституція объ утратѣ нашимъ институтомъ его привиллегированнаго срока давности (въ родѣ того, какъ Sctum Hadriani и oratio divi Marci уничтожили другіе характерные признаки)—обо всемъ этомъ мы не имѣемъ никакихъ свѣдѣній. Во всякомъ случаѣ, полную ассимиляцію usucapio pro herede съ общей однообразной давностью слѣдуетъ считать свершившимся фактомъ съ 531 года.

б) Въ дигестахъ замѣчаются *слѣды прежней improba usucapio pro herede*. По этому поводу остановимся на двухъ вопросахъ: а) какимъ образомъ попала въ дигесты improba usucapio, отмѣненная еще Маркомъ Авреліемъ и б) объяснимъ, почему тѣ фрагменты, гдѣ упоминается improba usucapio, *остались* въ дигестахъ.

аа) Если-бы намъ даже неизвѣстна была oratio divi Marci, то и въ этомъ случаѣ мы имѣли-бы основаніе полагать, что improba usucapio pro herede не дѣйство-

Digitized by Google

вала при Юстиніанѣ. Такое основаніе мы находимъ, какъ указываетъ Фиттингъ (l. c., 267—270), при сравненіи институцій Гая со сборниками права Юстиніана. Во-первыхъ, до открытія полныхъ институцій Гая никому не приходило въ голову, что improba usucapio pro herede существовала; такъ ничтожны слѣды ея въ дигестахъ. Во-вторыхъ, если сравнить тѣ мѣста институцій Гая (2, 41—61) и Юстиніана (кн. 2, tit. 6), въ которыхъ рѣчь идетъ объ usucapio, то окажется, что всѣ параграфы Гая (§§ 55—59), трактующіе объ improba usucapio, намѣренно оставлены въ сторонѣ составителями императорскихъ институцій.

Въ институціяхъ Юстиніана нѣтъ improba usucapio. *А какъ она попала въ дигесты*—объяснить не трудно. Дигесты—сборникъ фрагментовъ изъ сочиненій юристовъ, изъ которыхъ многіе жили въ ту эпоху, когда improba usucapio была въ силѣ, или только что потеряла юридическую охрану. Въ своихъ сочиненіяхъ эти юристы могли упоминать объ improba usucapio или какъ о дѣйствующемъ институтѣ, или какъ объ институтѣ, недавно утратившемъ юридическое значеніе. И въ дигестахъ замѣтно двоякое отношеніе къ этому институту: какъ къ дѣйствительному, или какъ къ недѣйствительному (ниже приведемъ примѣры). Но, спрашивается, почему-же редакторы дигестъ не вычеркнули, а оставили въ дигестахъ фрагменты, упоминающіе объ improba usucapio pro herede, о которой въ тогдашней жизни не было и помину, въ смыслѣ юридическаго отношенія.

бб) Хушке не безъ основанія замѣчаетъ (l. c., 222—224), что по Юстиніанову праву вопросъ объ usucapio pro herede находится въ довольно хаотическомъ положеніи благодаря тому, что редакторы игнорировали историческія данныя. Но и въ сохранившихся остаткахъ improbae usucapionis pro herede, намъ думается, можно нѣсколько

Digitized by Google

разобраться. Именно, можно объяснить, какими соображеніями руководствовались редакторы дигестъ, оставляя въ цѣлости тѣ фрагменты, въ которыхъ имѣются намеки на improba usucapio. Вотъ эти соображенія:

α) Юристы относятся *отрицательно* къ improba usucapio. Такъ, Помпоній сообщаетъ (fr. 29 D. 41.3), что нельзя узукапировать вещи, переданныя по ошибкѣ наслѣдникомъ, не знающимъ, что онъ solus heres [1]). Юліанъ разсказываетъ (fr. 2 § 1 D. 41.5), что арендаторъ, которому вещь отдана на сбереженіе или въ ссуду, не можетъ узукапировать ее pro herede [2]).

β) Usucapio pro herede не составляетъ существеннаго вопроса; о ней упоминается, между прочимъ, въ видѣ примѣра. Въ этомъ случаѣ она имѣетъ значеніе *историческаго* примѣра. Павелъ говоритъ (fr. 4 § 23 и 24 D. 41.3): покупщикъ вещи отъ дейеціента (отъ кого-бы послѣдній не отобралъ вещь насильно, отъ improbus possessor pro herede [3]), или отъ кого другаго) не можетъ узукапировать ее (non poterit capi). Въ fr. 5. D. 41.3 Гай говоритъ вообще объ interruptio possessionis и, между прочимъ, замѣчаетъ: ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa; подъ lucrativa causa съ исторической точки зрѣнія подходитъ improba usucapio [4]). Яволенъ (fr. 71 D. 47.2) сообщаетъ о томъ,

---

[1]) Heres полагалъ, что рядомъ съ нимъ имѣется другой heres ex parte; ему-то онъ и отдалъ res hereditarias pro parte. Помпоній объясняетъ, почему здѣсь не можетъ быть usucapio pro herede съ точки зрѣнія условій для usucapio pro herede: quia nec pro hedere usucapi potest, quod ab herede possessum est. А мы видѣли, что вещь не должна находиться въ чьемъ-либо владѣніи.

[2]) Въ силу правила: causam possessionis neminem sibi mutare posse

[3]) Possessor pro herede въ этомъ фрагментѣ improbus, потому что о немъ сообщается: qui pro herede possidebat, quamvis sciat esse hereditarium (fundum), т. е. хотя онъ и знаетъ, что fundus не ему принадлежитъ, а наслѣднику, все таки владѣетъ pro herede (contendit se heredem esse).

[4]) См. выше, стр. 290, пр. 2.

Digitized by Google

кому furti actio datur; ни одинъ malae fidei possessor не имѣетъ furti actio, quamvis usucapere quis possit [1]).

γ). Въ нѣкоторыхъ фрагментахъ *подразумѣвалась* improba usucapio тогда, когда она была въ силѣ, а потомъ, послѣ утраты ея, можно было и безъ нея обойтись. Такъ, извѣстный намъ fr. 4 D. 41. 5 можно было прежде относить къ proba и improba usucapio, а потомъ къ одной proba usucapio. Точно также въ формулѣ interdictum quorum bonorum (fr. 1 pr. D. 43. 2) слова: quod de his bonis pro hedere possides въ былое время могли обнимать собою также improba usucapio, а при Юстиніанѣ одну proba usucapio [2]).

Такимъ образомъ, proba usucapio pro herede при Юстиніанѣ не обладала какими-либо особенностями; она вполнѣ подчинялась правиламъ общей однообразной или регулярной давности.

Ученіе объ usucapio rerum hereditariarum представляетъ собою по нашей программѣ, такъ сказать, дополнительной экскурсъ къ usucapio hereditatis. Заключимъ наше изслѣдованіе особымъ случаемъ давностнаго овла-

---

[1]) Фитингъ (l. c., стр. 288, пр. 177) видитъ еще слѣды improba usucapio въ fr. 33 § 1 D. 41. 3, но въ этомъ мѣстѣ Юліанъ въ подтвержденіе того, что правило: nemo sibi causum possessionis mutare potest, примѣняется только относительно malae fidei possessores, указываетъ на proba usucapio pro herede (si justam causam habuerit existimandi), при которой оно обходится.

[2]) Вѣроятно, также въ начальныхъ словахъ рескрипта Каракаллы (215 г.): cum pro herede usucapio locum non habeat надо разумѣть improba usucapio. Этотъ рескриптъ породилъ контроверзу (Huschke, 184; Fitting, 258; Unterholzner, 369), вѣроятно, потому, что составители кодекса Юстиніана неудачно сократили его. Въ немъ говорится, что нельзя узукапировать ex ea causa; можно спросить: ex qua causa— отвѣта въ рескриптѣ не находимъ. Объясненія Хушке и Фиттинга склоняются къ тому, что въ этомъ случаѣ не было verus titulus.

Digitized by Google

дѣнія: usucapio при наличности sui heredes. Этотъ случай мы выдѣляемъ при спеціальной характеристикѣ на томъ основаніи, что совершенно безразлично, каковъ объектъ usucapio въ присутствіи «своихъ наслѣдниковъ», hereditas или res hereditaria.

3) Usucapio при наличности sui heredes.

Особнякомъ стоитъ вопросъ объ usucapio hereditatis и rerum hereditariarum при существованіи sui heredes. Этотъ вопросъ романисты рѣшали крайне разнообразно. Еще Хушке въ 1848 году замѣтилъ [1]), что довольно запутана исторія вопроса, а французскій ученый *Дюбуа* въ 1880 году въ двухъ журнальныхъ статьяхъ [2]) ясно показалъ, отчего происходила варіація на тему объ usucapio suis heredibus existentibus. Въ немногихъ словахъ передадимъ мысли Дюбуа.

Взгляды варьировались въ зависимости отъ измѣненій въ текстѣ источниковъ. Благодаря послѣднему обстоятельству, различаются три эпохи:

а) *До публикаціи институцій Гая* (*1820 г.*) Въ то время существовалъ единственный источникъ, l. 2 C. 7. 29: nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus magis obtinuit. Текстъ объясняли двоякимъ образомъ. По мнѣнію однихъ (Бартола, Донелла etc), невозможна была usucapio pro herede самими sui heredes. Согласно объясненію другихъ (Куяцій, Voët, Branchu etc.), третьи лица не имѣли права узукапировать, когда на лицо были sui heredes. Съ точки зрѣнія Дюбуа, у нѣкоторыхъ писателей втораго рода попадаются даже намеки на правильное рѣшеніе вопроса; напримѣръ,

---

[1]) Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1848 г., p. 172 ff.

[2]) Nouvelle revue historique, 1880 г., pp. 102—140, 427—445.

Digitized by Google

Дуаренъ подмѣчалъ за sui heredes quasi-possessio (videntur possessores), которая мѣшала постороннимъ овладѣть наслѣдственнымъ имуществомъ.

б) *Со времени перваго списка институцій Гая до апографа Штудемунда (1820—1874).* Къ помянутому l. 2 C. 7. 29 прибавились новыя свѣдѣнія объ usucapio изъ второй и третьей книги инструкцій Гая; по реставраціи Гёшена и Блуме въ этихъ книгахъ было написано слѣдующее: 1) Gai, 2,58—et necessario herede extante ipso jure pro herede usucapi potest, 2) Gai, 3, 201 velut res hereditarias, quarum heres nondum (non prius) posessionem (est, si) necessarius heres esset; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit. Такое чтеніе шло въ разрѣзъ съ конституціей кодекса, ибо по кодексу usucapio не допускалась, а по Гаю она считалась возможной. Противорѣчіе легко было устранено, впослѣдствіи, когда помянутая реставрація оказалась невѣрной. А между тѣмъ находились романисты, которые серьезно пытались примирить несогласныя мѣста источниковъ (Гансъ, Арндтсъ, Huc, Van-Wetter и мн. др.).

в) *Со времени публикаціи апографа Штудемунда (1874 г.)* тѣ же мѣста институцій Гая читаются совсѣмъ иначе: 1) Gai, 2, 58 (suo) et necessario tamen herede extante nihil ipso jure pro herede usucapi potest 2) Gai, 3, 201—velut res hereditarias, quarum heres nondum est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit, nihil pro herede usucapi posse. Четверо касались этого явленія. Гудсмитъ полагалъ, что usucapio не допускалась вслѣдствіе своей improbitas. Accarias отказывался дать рѣшительное объясненіе; мнѣніе Pernice было, по истинѣ, такъ запутано, что добросовѣстный изслѣдователь Дюбуа раздумывалъ, какъ понять его. Наконецъ, самъ Дюбуа давалъ такое объясненіе: suus heres по смерти наслѣдователя пріобрѣталъ ipso jure не только право собственности, но и право

Digitized by Google

владѣнія, la saisine hereditaire, а коль скоро владѣніе признавалось за „своими наслѣдниками“, то посторонніе не были въ правѣ овладѣть наслѣдственнымъ имуществомъ [1]). Это положеніе выражено у Гая (2,58). Со временемъ, вполнѣ послѣдовательно тоже самое было признано, по размышленіи (placuit), и для раба (heres necessarius, Gai, 3, 201), ибо рабъ, какъ и suus heres, ipso jure получалъ право собственности и право владѣнія [2]).

Приведенное мнѣніе Дюбуа безспорно, но оно касается лишь одной стороны отношенія, именно, положенія sui heredes. Послѣднимъ противополагаются, посторонніе имѣющіе намѣреніе воспользоваться наслѣдствомъ. Если-же мы обратимъ вниманіе на мотивъ юридической защиты этого отношенія, то припомнимъ, что annua usucapio hereditatio охранялась главнымъ образомъ потому, что служила суррогатомъ недостающей successio. Въ данномъ-же случаѣ,—когда наслѣдникомъ былъ suus heres,—о successio ordinum et graduum не могло быть рѣчи, ибо наслѣдство дальше ближайшаго „своего наслѣдника“ идти не могло. Намъ возразятъ, что sui heredes впослѣдствіи отъ претора получили beneficium abstinendi; слѣдовательно, съ того времени hereditas могла бы, казалось, переходить отъ одного suus heres къ другому, а между тѣмъ по прежнему usucapio возбранялась. Объяснить такую комбинацію съ нашей точки зрѣнія не трудно: beneficium abstinendi была дарована преторомъ, безъ сомнѣнія, въ то время, когда были сдѣланы серьезныя

---

[1]) Вотъ, доказательства: 1) съ точки зрѣнія требованій грамматики чтеніе Штудемунда наиболѣе безупречно, 2) еще до открытія институцій Гая по дигестамъ (fr. 29 D. 41. 3) было извѣстно: nec pro herede usucapi posse, quod ab herede possessum est.

[2]) Неподходящеее нарѣчіе magis (magis obtinuit въ i. 2 C. 7, 29) по изданію Крюгера оказывается прибавленнымъ копистами, а безъ него рескриптъ не порождаетъ представленія о контроверзѣ.

Digitized by Google

преобразованія въ наслѣдственномъ правѣ: была установлена bonorum possessio, вышелъ edictum successorium и т. д.,—однимъ словомъ, когда въ какомъ-либо суррогатѣ successio болѣе не нуждалась [1]).

Въ сущности, наше объясненіе, какъ и мнѣніе Дюбуа, опирается на то, что suus heres necessarius. Различіе между ними слѣдующее: невозможность usucapio со времени benificium abstinendi скорѣе объяснима по нашей гипотезѣ, чѣмъ по предположенію Дюбуа, такъ какъ la saisine héréditaire съ той поры стала необязательной.

Новая гипотеза Іеринга. Настоящій очеркъ наслѣдованія безъ завѣщанія уже печатался въ то время, когда Іерингъ опубликовалъ свои журнальныя статьи въ сборникѣ: Scherz und Ernst (1885 г.). Во второмъ отдѣлѣ этого сборника есть статья подъ названіемъ: die Mausefalle des alten Erbrechts (pp. 137—175)—ловушка древняго наслѣдственнаго права. Подъ лввушкою авторъ разумѣетъ usucapio pro herede. Почему-же такъ?

А вотъ, по мнѣнію Іеринга, usucapio hereditatis была установлена, главнымъ образомъ, для того, чтобы узуканіентъ безнаказанно не овладѣвалъ чужимъ наслѣдственнымъ имуществомъ, потому что, въ качествѣ heres (а не просто dominus), въ томъ случаѣ, когда долги превышали активъ, онъ рисковалъ поплатиться своимъ достояніемъ. Usucapio hereditatis возникла изъ usucapio rerum hereditariarum и просуществовала до тѣхъ поръ, пока она не была признана crimen expilatae hereditatis (p. 162).

---

[1]) *Nihil* usucapi posse—нельзя узакапировать ни hereditas, ни res hereditariae. Поэтому, мы излагаемъ интересующій вопросъ подъ особой рубрикой послѣ спеціальной характеристики usucapio hereditatis и rerum hereditariarum.

Digitized by Google

Такова остроумная догадка Іеринга. Сравнительно съ оспореннымъ Іерингомъ мнѣніемъ Лейста (us. p. h. съ цѣлью понудить наслѣдника вступить въ свои права), очень распространеннымъ среди нѣмецкихъ романистовъ (которое, кстати сказать, принялъ цѣликомъ и *Baron* въ недавно вышедшей Geschichte des röm. Rechts, 1884 г., p. 281),—мнѣніе Іеринга имѣетъ несомнѣнныя достоинства; но, въ свою очередь, и оно не безъ существеннаго недостатка: оно противорѣчитъ словамъ Гая, согласно которымъ usucapio hereditatis еще задолго до Адріана превратилась въ usucapio rer. hered. По Іерингу-же вплоть до Марка Аврелія существовала одна usucapio hereditatis. Іерингъ полемизируетъ съ Гаемъ, упрекая противника въ незнаніи исторіи права. Пусть такъ; Гай—плохой историкъ. Но, вѣдь, Гай говоритъ, что и *въ его время* (при Адріанѣ) usuc. hereditatis не было, а существовала us. rer. her., переставшая быть lucrativa. Было-бы черезчуръ смѣло утверждать, что Гай не зналъ своего дѣйствующаго права; въ такомъ случаѣ совсѣмъ нельзя было-бы довѣряться его институціямъ.

Конечно, при извѣстныхъ условіяхъ [въ рукахъ оккупанта, расчитывавшаго поживиться (1) нежданно оказалась major pars (2) hereditatis damnosae (3)] usucapio p. h. могла быть ловушкою. Только сомнительно, была-ли эта ловушка наиболѣе подходящимъ для своего времени мотивомъ (сравнительно съ другими мотивами) установленія usucapio hereditatis. Наиболѣе безупречнымъ мотивомъ можетъ быть признанъ такой, который согласуется съ характеромъ эпохи (напримѣръ, съ господствующей системой родства) объясняетъ дальнѣйшую судьбу института и находитъ себѣ опору въ источникахъ (или, по крайней мѣрѣ, имъ не противорѣчитъ). А мотивъ Іеринга несоотвѣтствуетъ этимъ условіямъ.

Digitized by Google

B[1]) Второй суррогатъ: Передача наслѣдства однимъ наслѣдникомъ другому.

Второй суррогатъ недостающей successio ordinum et graduum по цивильному порядку наслѣдованія—передача наслѣдства однимъ наслѣдникомъ другому, которая происходила въ формѣ in jure cessio hereditatis. Такъ какъ объ in jure cessio herediiatis источники римскаго права даютъ вполнѣ опредѣленныи свѣдѣнія [Гай въ своихъ институціяхъ два раза (2,34—37; 3,85—87) сообщаетъ почти одно и тоже; Ульпіанъ говоритъ тоже самое объ in jure cessio hereditatis въ 19 tit. своихъ фрагментовъ (§§ 11—15)], то и въ литературѣ этотъ вопросъ не представлялъ особенныхъ затрудненій при разработкѣ его. По этому вопросу не имѣется спеціальной монографіи. Онъ разсматривается или подъ различными рубриками многочисленныхъ учебниковъ общей исторіи, коментарій къ институціямъ Гая (Gans, Scholien zum Gaius) и исторіи римскаго наслѣдственнаго права (при in jure cessio, delatio hereditatis, при отчужденіи наслѣдства, erbrechtliche Intervention въ экскурсахъ Кунце, и т. под.), или при изслѣдованіи болѣе близкихъ юридическихъ отношеній: Avenarius, der Erbschaftskauf, 1877; Scheurl, Beiträge II, 95—101; Gerson, de in jure cessionis origine et natura, 1881.

Для того, чтобы изложить интересующій насъ вопросъ во всемъ его объемѣ, мы посдѣдовательно доберемся до in jure cessio hereditatis nondum aditae, обративъ вниманіе по дорогѣ на общую форму in jure cessionis и на in jure cessio hereditatis вообще.

I) **In jure cessio**—одинъ изъ немногихъ способовъ пріобрѣтенія квиритской собственности. Подробнѣе въ институціяхъ Гая (2,24), коротко въ фрагментахъ Уль-

Digitized by Google

піана (19,9) сохранилось описаніе процедуры in jure cessionis. Дѣло происходило такъ. Два человѣка, изъ которыхъ одинъ передавалъ что-либо (res corporalis или incorporalis) другому, являлись къ римскому магистрату (обыкновенно, къ претору, а такъ какъ in jure cessio практиковалась еще до появленія претуры, то и къ консулу), или, по всей вѣроятности, просили магистрата къ нимъ пожаловать (если, напримѣръ, предметомъ передачи было недвижимое имущество). Въ присутствіи претора первый контрагентъ, получающій какой-либо предметъ гражданскаго оборота, публично заявлялъ, что этотъ предметъ (hunc hominem, hanc hereditatem и т. под.) принадлежитъ ему ex jure Quiritium. Второй контрагентъ или отдѣлывался молчаніемъ, или съ своей стороны констатировалъ, что тотъ предметъ, о которомъ идетъ рѣчь, ему не принадлежитъ. Затѣмъ, praetor addicit, т. е. присуждалъ или закрѣплялъ право на этотъ предметъ за первымъ контрагентомъ.

Касательно *природы* in jure cessionis имѣются двоякія указанія римскихъ юристовъ: По Гаю, in jure cessio есть фиктивная *reivindicatio*, а по Ульпіану *communis alienatio* вещей всякаго рода (mancipi et nec mancipi). Вслѣдствіе этого, и характеристика современныхъ романистовъ двойственна: согласно издавна сложившемуся мнѣнію in jure cessio есть мнимый процессъ или фиктивный споръ (Scheinprocess, Scheinvindication) [1], а въ новѣйшее время стали смотрѣть на in jure cessio, какъ на формальный договоръ со скрытою causa [2].

---

[1]) Напримѣръ, Rein, Privatrecht, 1858 г., p. 231; Puchta, Institutionen, § 238.

[2]) Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, 26, 188 ff. Особенно Іерингъ (Leist, 3 изд., III, 533) останавливался на *абстрактной* природѣ in jure cessionis. *Историческое* развитіе природы in jure cessionis въ наше время такъ объясняютъ: эта юридическая сдѣлка ведетъ

Digitized by Google

Когда *возникла* in jure cessio достовѣрно неизвѣстно. Несомнѣнно только то, что manumissio vindicta, эта фиктивная vindicatio, появилась, по свидѣтельству Ливія [1]), въ 245 н. с. На этомъ основаніи, можно полагать, если даже не считать manumissio vindicta за отдѣльный видъ in jure cessionis [2]), что тогда уже практиковалась и in jure cessio, такъ какъ она есть также по формѣ фиктивная vindicatio. Значитъ, in jure cessio практиковалась еще до XII таблицъ, а въ XII таблицахъ эта сдѣлка нашла себѣ законодательную санкцію, что видно, изъ словъ Павла (fragm. Vatic. 50): et mancipationem et in jure cessionem lex (leges) XII tab. confirma(n)t [3]).

начало отъ сакраментальнаго процесса, она исходитъ изъ addictio магистрата при confessio in jure (confessus pro judicato habetur); даже впослѣдствіи in jure cessio сохранила свой первородный характеръ; это видно изъ того, что Гай называетъ ее legis actio (Voigt, 12 Tafeln, II, 57; Sohm, Institutionen, 24). — Gerson (l. c., 55—66) допускаетъ vindicatio лишь въ формѣ in jure cessionis, а по существу онъ ее опредѣляетъ такимъ образомъ: in jure cessio est pacti de re corporali vel incorporali transferenda antea conventi confirmatio, quae perficitur iteratione ejusdem pacti per solemnem vindicationis modum, т. е., in jure cessio есть скрѣпленіе заранѣе состоявшагося договора о передачѣ вещи, которое совершается повтореніемъ того же договора по виндикаціонному способу.

[1]) Liv. II, 15: рабъ, сдѣлавшій доносъ о заговорѣ Тарквиніевъ, получилъ свободу; то былъ первый случай manumissio vindicta.

[2]) Герсонъ (66—70) отказывается признать manumissio vindicta за особый видъ in jure cessionis.

[3]) Такое чтеніе по Моммзену. Въ изданіи Хушке (Jurisprud. antejust, 4 изд. 714): quia et mancipation(u)m et in jure cessionum (leges le(ge) XII tabularum confirmant(ur). Но чтобы то ни было, дѣйствительный или страдательный залогъ, смыслъ остается одинъ и тотъ же. Іерингъ, желая оправдать свое предположеніе, по которому in jure cessio возникла позже mancipatio, позже изданія XII таблицъ, предлагаетъ объяснять confirmatio per consequentiam, т. е., благодаря interpretatio prudentium (Geist, II, 553, not. 737). Выраженіе „per consequentiam" берутъ отъ Ульпіана (XI, 3), который употребляетъ его въ противоположность palam, т. е., по очевидному тексту XII таблицъ. Проще, разумѣется, буквальное толкованіе.

Digitized by Google

Исчезновеніе in jure cessionis, какъ и возникновеніе ея, нельзя точно опредѣлить. Послѣднее указаніе на in jure cessio находятъ въ кодексѣ Гермогеніана, въ словахъ конституціи Діоклетіана и Максиміана, изданіе которой относятъ къ 293—304 году [1]); въ сборникахъ Юстиніана in jure cessio обходится молчаніемъ.

Область примѣненія in jure cessionis была обширна: 1) при передачѣ права собственности на res mancipi et nec mancipi 3) при установленіи и прекращеніи сервитутовъ 3) при adoptio 4) при передачѣ законной опеки надъ женщинами и 5) при передачѣ наслѣдства. Изо всѣхъ этихъ случаевъ подробно разсмотримъ in jure cessio hereditatis.

II) *In jure cessio hereditatis* передача наслѣдства наслѣдникомъ Обратимъ вниманіе на форму и виды in jure cessio hereditatis

1) *Форма.* Кромѣ in jure cessio другой способъ передачи права квиритской собственности—mancipatio. И mancipatio прилагалась при составленіи духовнаго завѣщанія, т. е. при передачѣ наслѣдства завѣщателемъ наслѣднику. Невольно возникаетъ вопросъ, почему-же для завѣщателя была обязательна одна форма передачи, а для наслѣдника другая форма?

Köppen [2]) даетъ такой отвѣтъ: простая traditio не прилагалась при передачѣ наслѣдства, потому что hereditas есть res incorporalis, а по Гаю (2, 28), incorporales (res) traditionem non recipere manifestum est. На томъ-же основаніи обходили въ этомъ случаѣ mancipatio, ибо (Гай, 2, 17) fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, excepils servitutibus praediorum rusticorum, а res nec mancipi нельзя было передавать посредствомъ

---

[1]) Фрагменты изъ veteris cujusdam jureconsulti consultatio (VI, 10): cum singulae res nominari debeant quae donationis causa mancipatione vel in jure cessione transferuntur.—См. Gerson, l. c., p. 120.

[2]) Köppen, Erbschaft, 94.

Digitized by Google

mancipatio. Положимъ, такъ; но вѣдь, въ такомъ случаѣ возникаетъ серьезный вопросъ: почему-же при составленіи тестамента пользовались mancipatio, коль скоро hereditas есть res nec mancipi? На это имѣется нѣсколько отвѣтовъ; изъ нихъ лучшій принадлежитъ Мюленбруху [1]): древне-римское право не знало разнообразныхъ формальностей; одна и таже юридическая форма прилагалась, хотя бы даже помощью фикціи, ко всякаго рода сдѣлкамъ; aes et libra были аттрибутами взвѣшиванія одной вещи вмѣсто цѣлаго, universitas (pars pro toto).

И такъ, допустимъ, что вслѣдствіе недостатка формальностей, двѣ древнія формы (mancipatio и in jure cessio), прилагались при передачѣ наслѣдства. Но опять-таки остается открытымъ вопросъ: почему-же при передачѣ наслѣдства наслѣдники прибѣгали къ in jure cessio, а не къ mancipatio? Это такъ объясняютъ:

Во первыхъ, сначала при testamrntum per aes et libram примѣнялась mancipatio скорѣе по необходимости, чѣмъ по какому-либо преимуществу предъ in jure cessio. Названную форму практиковали, потому что завѣщателю наканунѣ смерти (Гай, 2, 102: subita morte) затруднительно было идти на форумъ къ претору, или выжидать certi dies (dies fasti), въ которые лишь и дозволялось совершать публичные акты [2]).

---

[1]) *Mühlenbruch*, Die Lehre von der Cession, 2 изд., p. 25, § 4, not. 45. Хушке (Studien des R. R., 1830, p. 233, not. 59) оправдывалъ mancipatio, основываясь на томъ, что объектъ testamentum per aes et libram составляетъ familia, а члены фамиліи манципируются согласно показанію Гая (I, 120): eo modo et serviles et liberae personae mancipantur. Но дѣло въ томъ, что Хушке забылъ при этомъ, какъ справедливо замѣтилъ Авенаріусъ (Erbschaftskauf, § 2, not. 1), о другой важной части древне-римской фамиліи, о patrimonium; Гай же, передавая намъ процедуру testamentum per aes et libram, какъ разъ и говоритъ: is(testator)—amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat.

[2]) Gerson, 105.

Digitized by Google

Во вторыхъ, по существу передача наслѣдства должна быть актомъ публичнымъ, ибо объ этой передачѣ надлежало знать заинтересованнымъ лицамъ, именно, кредиторамъ [1]).

2) *Виды.* Согласно показаніямъ Гая и Ульпіана, слѣдуетъ строго различать двоякаго рода передачу наслѣдства, глядя по предмету in jure cessio: in jure cessio hereditatis aditae и in jure cessio hereditatis nondum aditae. Сперва скажемъ нѣсколько словъ о первомъ видѣ, а затѣмъ разсмотримъ все, что намъ извѣстно о второмъ видѣ.

а) *In jure cessio hereditatis aditae* — обыкновенная юридическая сдѣлка. Heres ex testamento или heres legitimus, принявъ наслѣдство, въ качествѣ полновластнаго хозяина, эксплуатируетъ имъ, какъ умѣетъ. И вотъ, между прочимъ, попадается человѣкъ, которому наслѣдникъ находитъ выгоднымъ сбыть свою hereditas. Сговорившись предварительно, они идутъ къ претору; въ присутствіи послѣдняго и происходитъ in jure cessio [2]),

Эффектъ ея обстоятельно передается Гаемъ:

Gai, 2, 35.	Gai, 3, 85.
Post obligationem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero ejus hereditatis	Quodsi posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in jure cessisset, debita vero pereunt, eo-

[1]) Ibid., 106.

[2]) Köppen (Erbschaft, 92 ff) разсматриваетъ in jure cessio hereditatis (равно какъ и другія операціи съ hereditas) съ цѣлью показать, что на hereditas надлежитъ смотрѣть, какъ на Vermögen.

Digitized by Google

perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in jure cessa fuissent.

que modo debitores hereditarii lucrum faciunt.

Въ приведенныхъ параграфахъ Гай вполнѣ ясно опредѣляетъ слѣдующія послѣдствія передачи принятаго наслѣдства: 1) heres остается heres (manet); слѣдовательно, онъ продолжаетъ быть обязаннымъ кредиторамъ по наслѣдству; 2) все наслѣдственное имущество, исключая претензій на третьихъ лицъ (debita), переходитъ къ цессіонарію; 3) debita совсѣмъ уничтожаются, отчего, по выраженію Гая, debitores bereditarii lucrum faciunt [1]).

Gai, 2, 36.

Postea vero quam adierit (heres testam.) si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus (2, 35) de eo, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, si post obligationem in jure cedat.

Gai, 3, 86.

Idem juris est (2, 85), si testamento scriptus heres, posteaquam heres extiterit, in jure cesserit hereditatem.

При in jure cessio hededitatis aditae совершенно безразлично, кто является цедентомъ: heres testamentarius или legitimus. Въ томъ и другомъ случаѣ сдѣлка вполнѣ дѣйствительна, о чемъ также свидѣтельствуетъ Гай.

---

[1]) Gerson (p. 114) такъ объясняетъ это нѣсколько странное послѣдствіе: nam is, qui hereditatem in jure cessit, heres quidem permanet, quod ad nomen attinet; sed omnia jura heredis ad alium transtulit, sibique ea competere in jure negavit. — Scheurl (Beiträge, 97): посредствомъ in jure cessio heres торжественно отказывается отъ всѣхъ своихъ правъ, въ качествѣ наслѣдника. И какъ in jure cessio уничтожаетъ право наслѣдника не только по отношенію его контрагента in jure, но и касательно третьихъ лицъ, такъ точно уничтожаются ipso jure помянутыя debita.

Digitized by Google

Затѣмъ, со временемъ, передавать наслѣдство можно было помимо in jure cessio посредствомъ обоюдныхъ stipulationes или repromissiones, которымъ сопуствовали actiones empti et venditi [1]).

Мы сказали нѣсколько словъ объ in jure cessio hereditatis aditae, главнымъ образомъ, для того чтобы рельефно показать своеобразность втораго вида, in jure cessio hereditatis nondum aditae.

б) *In jure cessio hereditatis nondum aditae.*

Сравнительно съ разсмотрѣнной in jure cessio hereditatis aditae, Гай и Ульпіанъ единогласно представляютъ in jure cessio hereditatis nondum aditae въ слѣдующемъ видѣ:

Gai, 2, 35.	Gai, 3, 85.
Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.	Itetm si heres legitimam hereditatem, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in jure cedat, pleno jure fit ille heres, cui cessa est hereditas, perinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur.

Ulp., XIX, § 14: si antequam adeatur hereditas in jure cessa sit, proinde heres fit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.

Гай и Ульпіанъ одинаково намъ сообщаютъ, что цессіонарій становится во всѣхъ отношеніяхъ (pleno jure) legitimus heres, какъ будто-бы былъ призванъ къ наслѣдованію по закону. Вотъ, уже первое существенное отличіе отъ предъидущаго вида in jure cessio hereditatis: тамъ цедентъ остается heres, здѣсь цессіонарій становится heres. Но кромѣ того:

---

[1]) Avenarius, 11.

Digitized by Google

Gai, 2, 36.	Gai, 3, 86.
Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam nihil alii nihil agit	Ante adi tam vero hereditatem cedendo (testamento scriptus heres) nihil agit.

Ulp. XIX § 13: antequam adeatur, in jure cedi potest a *legitimo* herede.

Второе отличіе отъ in jure cessio hereditatis aditae состоитъ въ томъ, что только heres legitimus имѣетъ право in jure cedere hereditatem nondum aditam, между тѣмъ какъ не только legitimus но и testamentarius heres могли передавать in jure принятое наслѣдство.

Такимъ образомъ, по двумъ важнымъ признакамъ in jure cessio hereditatis nondum aditae является совершенно оригинальнымъ институтомъ, существенно обособленнымъ отъ обыкновенной in jure cessio hereditatis. Чѣмъ, спрашивается, мотивировали римляне, обособленіе in jure cessio her. nondum aditae?

aa) *Мотивы обособленія.* Романисты не сразу поняли тотъ мотивъ, который можно считать наиболѣе соотвѣтствующимъ постановкѣ цивильнаго наслѣдованія. И это потому, что долгое время останавливались лишь на одной отрицательной особенности in jure cessio hereditatis nondum aditae, согласно которой heres testamentarius не имѣетъ права in jure cedere. Впервые Шерль обратилъ вниманіе на вторую, особенность (цессіонарій — heres).

α) Почему наслѣдникъ по завѣщанію не имѣетъ права in jure cedere — издавна объясняли такимъ образомъ: завѣщатель, отстраняя отъ наслѣдованія heredem legitimum, опредѣленно выражается, кого онъ желаетъ имѣть своимъ наслѣдникомъ (heres institutus). Позволить наслѣднику по завѣщанію передавать hereditatem nondum aditam другому человѣку, возводя его въ положеніе heredis, это значитъ дать право наслѣднику идти напе-

Digitized by Google

рекоръ волѣ завѣщателя. А волю завѣщателя heres обязанъ считать для себя священной [1]). Что-же касается heres legitimus, то его право представляло собою семейное право (Familienrecht), которое можно было переносить на другое лицо, что видно, напримѣръ, изъ in jure cessio tutelae legitimae [2]).

Положимъ, что объясненіе отсутствія правомочія у heres testamentarius передавать наслѣдство правдоподобно [3]) (хотя, какъ мы ниже уводимъ, можно будетъ и безъ него обойтись); далѣе, допустимъ, приведенная гипотеза поясняетъ, почему не считалась недѣйствительной передача еще непринятаго наслѣдства наслѣдникомъ по закону; но, вѣдь, этого мало. Дѣло въ томъ, что эта гипотеза вовсе не затрогиваетъ вопроса, по какой причинѣ въ данномъ случаѣ цессіонарій становился heres, чего не было при in jure cessio hereditatis aditae.

β) Въ первый разъ Шерль [4]) указалъ на то, что in jure cessio hereditatis nondum aditae по происхожденію

---

[1]) *Faber*, De erroribus pragmaticorum, decas LXX, error IX, 1609, 439—443. *Puchta*, Institutionen, § 313 (изд. Крюгера, II. p. 451).

[2]) *Avenarius*, l. c., p. 7.—Gai, 1, 168: agnatis et patronis et liberorum capitum monumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in jure cedere.

[3]) *Scheurl* (Beiträge zur Bearbeitung des R. R., p. 96) возражалъ противъ этого объясненія такимъ риторическимъ вопросомъ: почему нельзя дѣйствовать противъ воли частнаго человѣка (завѣщателя), коль скоро позволялось наслѣднику по закону посредствомъ in jure cessio hereditatis nondum aditae идти наперекоръ волѣ народа, lex publica? — *Герсонъ*, l. c., p. 107 вопреки Шерлю, признаетъ приведенное объясненіе правильнымъ, находя для него поддержку въ fr. 32 D. 28. 5: satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio péndere. По *Хушке*, Studien, p. 233, heres ex testamento тѣснѣе связанъ (?) съ личностью наслѣдодателя, чѣмъ heres legitimus, почему ему возбранялось in jure cedere hereditatem nondum aditam.

[4]) Scheurl, l. c., 94, 99.

Digitized by Google

своему принадлежитъ «низшей ступени развитія римскаго права». Истинный мотивъ возникновенія ея кроется въ томъ-же положеніи, которое вызвало на свѣтъ usucapio hereditatis, in legitimis hereditatibus successio non est. Въ этомъ случаѣ interpretatio prudentium много способствовала тому, чтобы дать возможность послѣдующему наслѣднику по закону пріобрѣсти наслѣдство отъ предъидущаго наслѣдника, почему-либо не принимавшаго hereditas.

Это объясненіе Шерля, какъ наиболѣе соотвѣтствующее начальной эпохѣ цивильнаго наслѣдованія, теперь раздѣляется очень многими романистами (Данцъ, Pernice, Хушке, Gerson, Дернбургъ [1]), Гукъ [2]) и мн. др.). Нѣкоторые изъ нихъ добавляютъ еще нѣсколько словъ въ пользу этого объясненія. Возражаютъ очень немногіе; по крайней мѣрѣ, извѣстно лишь одно незначительное возраженіе Рудорфа, которое безъ труда могло быть устранено. Скажемъ объ адептахъ и оппонентахъ.

α) Такъ, Авенаріусъ [3]) замѣчаетъ, что передача всего наслѣдства цедентомъ (предъидущимъ наслѣдникомъ) принималась за отказъ отъ наслѣдства, ибо, какъ впослѣдстіи говорили римляне, non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem [4]). Наслѣдство избѣгало

---

[1]) *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, neue Folge, Bd. II, 12 p. 62, not. 12: комментарій на Gai, 3. 35: in jure cessio hereditatis — для того, чтобы отказаться отъ какого-либо права *in favorem tertii* въ разныхъ случаяхъ: 1) при реституціи фидеикомисса do Sctum Trebellianum (in jure c. her. aditae), 2) въ обходъ положенія: in legit. heredit. suc. non est (in jure c. h. nondum ad.) и т. д.

[2]) *Нис*, — статья о формализмѣ римскаго права, помѣщенная въ Mémoires de l'académie de Toulouse, t. X, 1861, p, 20 — 144, — замѣчаетъ, что по своей природѣ in jure cessio h. nondum aditae сходится съ usucapio hereditatis.

[3]) Ibid, p. 7.

[4]) Fr. 6. D. 50. 17.

Digitized by Google

участи выморочнаго имущества благодаря addictio претора ближайшему родственнику умершаго [1]). Другое дѣло, если heres ex parte [2]) отказывался отъ своей части, въ этомъ случаѣ не могла быть in jure cessio, такъ какъ его часть шла въ пользу конкуррирующихъ наслѣдниковъ (jus accrescendi),

Данцъ, имѣя въ виду что heres ex parte и heres testamentarius не имѣютъ права in jure cedere hereditatem nondum aditam, такъ какъ отъ этого могутъ пострадать интересы третьихъ лицъ, выставляетъ слѣдующій юридическій принципъ [3]): in jure cessio hereditatis nondum aditae не имѣетъ мѣста во всѣхъ случаяхъ, когда по юридическимъ основаніямъ нарушается право другаго человѣка.

Въ источникахъ римскаго права гипотеза Шерля, на нашъ взглядъ, не только не встрѣчаетъ препятствія, но скорѣе находитъ себѣ подтвержденіе. Во первыхъ, римскіе юристы (Гай и Ульпіанъ), жившіе уже въ то время, когда и слѣдъ простылъ отъ правила: in legitimis hereditatibus successio non est, сообщая намъ, что цессіонарій становился heres, ближе характеризуютъ положеніе послѣдняго по фикціи: ac si *ipse per legem* ad hereditatem vocatus esset (vocaretur) или ac si *ipse heres legitimus* esset. Къ кому-же другому, спрашивается, болѣе всего подходила такая фикція, какъ не къ ближайшему (послѣ цедента) родственнику покойнаго наслѣдодателя? Во вторыхъ, источники прямо отвѣчаютъ, какъ можно было удовлетворять потребность, возникавшую по недостатку successio; причемъ они же прибавля-

---

[1]) Въ этомъ случаѣ, преторъ намъ представляется предтечей своего коллеги, по иниціативѣ котораго появилась bonorum possessio.

[2]) Когда на слѣдуютъ нанѣсколько наслѣдниковъ, то concursu partes fiunt.

[3]) Сказанный юридическій принципъ Данцъ обязательно сообщилъ per epistolam Авенаріусу (l. c., p. 8, not. 15).

Digitized by Google

ютъ, что передача непринятаго наслѣдства наслѣдникомъ по завѣщанію была недѣйствительна, не пользовалась юридической охраной. Почему? Очень просто: потому, что въ этомъ нужды не было [1]).

ββ) Мнѣніе Шерля нашло небольшое возраженіе со стороны Рудорфа, писавшаго, въ качествѣ издателя, комментаріи къ институціямъ Пухты [2]); но это возраженіе очень легко было устранено Авенаріусомъ [3]).

И такъ, имѣется много вѣроятности за то, что in jure cessio hereditatis nondum aditae пополняла недостающую successio ordinum et graduum.

бб) *Субъекты.* Всѣ-ли классы наслѣдниковъ имѣли право in jure cedere heriditatem? Нѣтъ, не всѣ. Посмотримъ, что намъ говоритъ Гай по этому вопросу.

Разсказавъ объ обоихъ видахъ in jure cessio hereditatis, Гай въ заключеніи приводитъ такую контроверзу, существовавшую между сабиньянцами и прокульянцами:

---

[1]) Всѣ прочія, нами разсмотрѣнныя, объясненія, почему наслѣдникъ по завѣщанію не передаетъ in jure еще непринятое имъ наслѣдство, суть объясненія ex post, почерпнутыя изъ доктрины классической юриспруденціи. И, слѣдовательно, они вполнѣ пригодны, строго говоря, для того времени, когда уже мотивъ, вызвавшій in jure cessio her. nond. aditae, болѣе не существовалъ.

[2]) *Puchta*, Inst. § 313, прим. m.

[3]) *Avenarius*, l. c., p., 8—10: α) Рудорфъ говоритъ, что in jure cessio по своей формальной природѣ (фиктивная виндикація) имѣетъ отношеніе только къ status familiae, а не годится для delatio ex testamento, но, вѣдь, замѣчаетъ Авенаріусъ, помимо delatio виндикантъ (цессіонарій) становится heres. β) Замѣчаніе Рудорфа, что если положеніе: in legitimis hereditatibus successio non est — вызвало in jure cessio hereditatis nondum aditae, то оно же могло касаться и venditio,— это замѣчаніе просто непонятно и γ) что касается сравненія in jure cessio tutelae съ in jure cessio hereditatis, то при этомъ сравненіи слѣдуетъ имѣть въ виду только hereditas adita.

Digitized by Google

Gai, 2, 47.

Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum (aliquis) adeundo hereditatem fiat heres an invitus statim existat quod quale sit, suo loco apparebit; sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in jure cedat hereditatem.

Gai, 2, 87.

Suus autem et necessarius (et necessarius) heres an aliquid aga(n)t in jure cedendo, quaeritur; nostri praeceptores nihil eos agere existimant, diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod *ceteri post aditam hereditatem*; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo, aut pro herede gerendo heres fiat, an juris necessitate hereditate adstringatur.

Сабиньянцы совсѣмъ не допускали, чтобы heres suus et necessarius [1]) могъ in jure cedere hereditatem; прокульянцы разсматривали in jure cessio этихъ наслѣдниковъ, по аналогіи съ in jure cessio hereditauis aditae прочихъ наслѣдниковъ. Гай мотивируетъ мнѣніе послѣдователей Лабеона, а мотивы сабиньянцевъ въ обоихъ параграфахъ онъ обходитъ молчаніемъ. Основаніе, по которому прокульянцы полагали, что sui et necessarii heredes могутъ поступать также, какъ и ceteri post aditam hereditatem, заключается въ слѣдующемъ: съ ихъ точки зрѣнія совершенно безразлично было, принимаетъ-ли наслѣдникъ hereditatem добровольно, по собственному желанію (cernendo aut pro herede gerendo), или онъ недобровольно (invitus), а по необходимости (juris necessitate) вступаетъ

---

[1]) Въ книгѣ 2 § 37: одинъ necessarius heres; въ книгѣ 3 § 87: suus et necessarius. Хушке полагаетъ, что рѣчь идетъ и о suus heres и о necessarius heres, что видно, напримѣръ изъ того, что въ слѣдующемъ преоложеніи (§ 3, 87) говорится: eos agere. См. примѣч. въ изданіи институцій Тая Хушке.

Digitized by Google

въ наслѣдство. Какими соображеніями руководились сабиньянцы — дѣло догадки романистовъ [1]).

Мы не будемъ допытываться, какая школа имѣла болѣе солидное основаніе думать такъ или иначе, потому что, во первыхъ, такой вопросъ имѣетъ лишь одно діалектическое свойство, и во вторыхъ, онъ для насъ не представляетъ интереса. Изъ приведенной контроверзы намъ важно только то, что ни та, ни другая школа не приравнивала передачу наслѣдства своимъ и неизбѣжнымъ наслѣдникамъ къ in jure cessio hereditatis nondum aditae, т. е., обѣимъ школамъ не приходило на умъ, чтобы цессіонарій становился heres. Другими словами, in jure cessio hereditatis nondum aditae, въ качествѣ суррогата successio ordinum et gradimus, не была примѣнимо тогда, когда наслѣдство открывалось для suus et necessarius heres.

вв) *Объектомъ* in jure cessionis hereditatis nondum aditae была, конечно, hereditas nondum adita. Но что-же это такое, спрашивается, hereditas nondum adita? Jus adeundi или delatio, какъ полагаетъ, напримѣръ, Köppen и другіе, или сама hereditas, какъ думаетъ Герсонъ и прочіе романисты, въ смыслѣ universitas et rerum corporalium et incorporalium cum omni causa [1])? Слѣдующее соображеніе заставляетъ насъ принять второе мнѣніе.

---

[1]) Догадокъ не мало. Такъ, Хушке (Stud., I, 242), отдающій предпочтеніе школѣ Лабеона, усматриваетъ мотивъ сабиньянцевъ въ извѣстныхъ словахъ Павла (fr. 11. D. 28. 2: in suis heredibus evidentius apparet etc). Gerson (l. c., p. 115—118), стоящій за мнѣніе сабиньянцевъ, находитъ для него другіе аргументы; sui et necessarii heres немедленно по смерти наслѣдодателя пріобрѣтаютъ familiam, которую нельзя in jure cedere.

[1]) *Gerson*, l. c., § 42 (p. 109 — 112). — *Köppen* (System, p. 324, not. 1) считаетъ предметомъ передачи delatio или jus adeundi, но противъ этого возражаетъ Герсонъ такимъ образомъ: во первыхъ, Гай и Ульпіанъ ясно сообщаютъ, что посредствомъ in jure cessio цессіонарій прямо дѣлается heres, не нуждаясь въ особой aditio hereditatis; во

Digitized by Google

In jure cessio въ данномъ случаѣ замѣняла для послѣдующаго наслѣдника aditio или acquisitio hereditatis. Какъ впослѣдствіи acquisitio hereditatis состояла въ томъ, что преторомъ bonorum possessio dabatur, такъ и въ этомъ случаѣ благодаря addictio praetoris heres cessionarius heres fiebat. Цедентъ отдавалъ то, что имѣлъ, т. е. jus adeundi; преторъ тутъ-же вводилъ во владѣніе наслѣдствомъ, такъ что цессіонарій пріобрѣталъ hereditas.

гг) *Дальнѣйшая судьба in jure cessio hereditatis nondum aditae.* Съ тѣхъ поръ какъ появился edictum successorium, не стало болѣе потребности въ суррогатѣ successio ordinum et graduum. Такимъ образомъ, вмѣстѣ съ usucapio hereditatis, in jure cessio hereditatis nondum aditae утратила свое первоначальное назначеніе. И въ дальнѣйшемъ своемъ существованіи она представляла собою одно изъ явленій переживанія (absterbende Abnormität, по выраженію Шерля) [1].

Объ in jure cessio bonorum possessionis и говорить нечего; этого явленія не существовало. До Юстиніанова права, какъ мы видѣли, in jure cessio не дошла; по этому напрасно было-бы ее тамъ искать. Но, можетъ быть, разсмотрѣнная древняя форма передачи наслѣдства имѣетъ что-либо общее съ тѣми мѣстами Юстиніанова законодательства, гдѣ говорится о передачѣ непринятаго наслѣдства?

Рудорфъ [2]) связываетъ древнюю in jure cessio hereditatis со слѣдующими фрагментами сборниковъ Юсти-

---

вторыхъ, если цедентъ передаетъ jus adeundi, то слѣдуетъ допустить, что и цессіонарій далѣе, въ свою очередь, имѣетъ возможность in jure cedere hereditatem nondum aditam, между тѣмъ какъ, по смыслу сообщенія Гая, heres cessionarius, въ качествѣ heres, можетъ лишь in jure cedere hereditatem aditam.

[1]) *Schoerl*, l. c., p. 94.

[2]) Комментаріи въ примѣчаніяхъ къ институціямъ (§ 313, not. m) и пандектамъ *Пухты* (§ 503, not. c*).

Digitized by Google

ніана: fr. 4 § 28 D. 44. 4, fr. 6 D. 50. 17, l. 1. C. 7. 75. Но это невѣрно.

α) Начать съ того, что общее положеніе (fr. 6. D. 50. 17): non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem не содержитъ указанія на in jure cessio. Вѣдь, transferre hereditatem можно и другими способами (venditio hereditatis); подразумѣвать-же in jure cessio hereditatis не приходится, ибо ее не было при Юстиніанѣ.

β) Конституція въ кодексѣ (l. 1 C. 7, 75) такъ начинается: sì heres post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit etc. Изъ этихъ словъ слѣдуетъ, что, во первыхъ, предметъ передачи— hereditas adita (значитъ, этотъ случай ничего общаго съ передачей hereditatis nondum aditae не имѣетъ) и, во вторыхъ, здѣсь говорится просто cessit, а не *in jure* cessit.

γ) Въ fr. 4 § 28. D. 44. 4 Ульпіанъ разсказываетъ: наслѣдникъ по закону уговорилъ наслѣдника по завѣщанію не вступать въ наслѣдство (ne adeam hereditatem), а самъ передалъ за деньги наслѣдство въ чужія руки (cesseris pretio accepta). Опять-таки здѣсь нѣтъ помину объ *in jure* cessio [2]).

дд) *Результаты.* Все сказанное объ in jure cessio hereditatis приводитъ къ слѣдующему простому результату.

Одной изъ обыкновенныхъ формъ передачи наслѣдства въ до-юстиніановомъ правѣ была in jure cessio hereditatis aditae; in jure cessio hereditatis nondum aditae

---

[2]) *Brinz*, Pandecten, p. 818, 819, *Pernice*, Labeo, p. 341, *Gerson*, l. c. 120. При Юстиніанѣ отчужденіе наслѣдства практиковалось съ двумя цѣлями: (fr. 43 D. 5. 3) или ради передачи фидеикоммисса, или negotiationis causa (venditio hereditatis, по которой человѣкъ, пріобрѣвшій наслѣдство, не былъ heres, какъ то было при in jure cessio hereditatis nondum aditae). Послѣднюю цѣль преслѣдовали не такъ часто, какъ первую (*Köppen*, Erbschaft, 95).

Digitized by Google

допускалась въ старину для heres legitimus (да и то, если онъ не былъ suus et necessarius) по исключительному поводу: по отсутствію successio ordium et graduum.

B[1]) Сравненіе обоихъ суррогатовъ.

При сравненіи обоихъ суррогатовъ, между ними можно подмѣтить нѣсколько сходственныхъ и отличныхъ признаковъ.

Общее между ними слѣдующее:

1) Usucapio и in jure cessio дѣйствительны, если они предприняты *до момента вступленія* наслѣдника въ обладаніе наслѣдствомъ (hereditas nondum adita). Разъ heres принялъ наслѣдство—другой человѣкъ не можетъ замѣстить его въ этомъ положеніи; издавна римскому праву было извѣстно правило: semel heres, semper heres [1]).

2) Тотъ и другой суррогатъ не имѣютъ мѣста при наличности *heredes neccessarii*. Это вполнѣ послѣдовательно, такъ какъ въ данномъ случаѣ нѣтъ на лицо hereditas nondum adita.

Различіе проявляется въ нѣкоторыхъ пунктахъ:

1) Usucapio—односторонній, in jure cessio—двусторонній актъ; во второмъ случаѣ требуется обоюдное *согласіе* цедента и цессіонарія, въ первомъ — предшествующій наслѣдникъ активнаго участія въ судьбѣ наслѣдства не принимаетъ [2]).

---

[1]) Это правило (regula juris) составлено на основаніи fr. 88 D. 28 5. См. *Frommelt*, Regulae juris, 2 изд. (1880 г.), p. 61.

[2]) *Pernice*, Labeo, I, p. 341 и 342: «создавалъ наслѣдника тотъ, кто не *хотѣлъ* быть наслѣдникомъ; такъ съ одной стороны восполняли недостатокъ successio (in jure ces. h.). Съ другой стороны, на случай, если призванный наслѣдникъ *не могъ* стать heres, имѣлась usucapio pro herede».

Шерль такъ разграничилъ usucapio и in jure cessio въ своемъ по-

Digitized by Google

2) *Объектъ* in jure cessionis — обязательно все имущество, а объектомъ usucapionis можетъ быть и major pars pecuniae; понтифы скрѣпляли наслѣдственныя права не только за тѣмъ, кто узукапировалъ все состояніе наслѣдодателя, но и за владѣльцемъ большей части состоянія.

3) *Творцомъ* usucapio hereditatis была понтификальная юриспруденція, въ созданіи in jure cessio hereditatis nondum aditae участвовалъ римскій магистратъ.

4) Въ фазисѣ переживанія in jure cessio сохранилась въ болѣе полномъ видѣ, чѣмъ usucapio; но за то изолированная usucapio, медленно разставаясь со своими особенностями, дольше держалась.

C) Доказательства изъ послѣдующей исторіи.

Въ самомъ концѣ разсматриваемаго синтеза упомянемъ еще о послѣднемъ аргументѣ предложеннаго тезиса, по которому три класса цивильныхъ наслѣдниковъ представляютъ три независимыя историческія наслоенія, не связанныя преемственно децемвирами. Этотъ тезисъ находитъ себѣ подтвержденіе, какъ мы видѣли, въ современныхъ ему положеніяхъ и институтахъ римскаго права эпохи XII таблицъ. Кромѣ того, онъ согласуется и съ дальнѣйшей исторіей наслѣдованія ab intestato.

Въ преторскомъ эдиктѣ также встрѣчаются историческія наслоенія. Въ самомъ дѣлѣ, если обратить вниманіе на четыре класса наслѣдниковъ по эдикту, то замѣтить не трудно, что двѣ системы наслѣдованія — агнатическая (старая) и когнатическая (новая система), —

ложеніи (Beiträge, p. 95): если нѣтъ завѣщанія и призванный наслѣдникъ не хочетъ вступать въ свои права, то можетъ всякій самъ себя сдѣлать наслѣдникомъ (usucapio) или предоставить призванному наслѣднику сдѣлать себя таковымъ (in jure cessio hereditatis).

Digitized by Google

обѣ существуютъ въ одномъ и томъ-же эдиктѣ; причемъ преемственной связи между ними (между legtimi и cognati) ipso jure не полагается.

Ради финала продѣлаемъ слѣдующую операцію. Разложивъ предварительно второй классъ преторскаго эдикта на его составные элементы (legitimi = sui + agnati + gentiles) [1]), размѣстимъ отдѣльныя группы эдиктальныхъ наслѣдниковъ въ схематическомъ ряду одну за другою, по историческому моменту ихъ возникновенія. Что же мы видимъ? А намъ открывается послѣдовательная, вѣками выработанная, дифференціація лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію по римскому праву.

ПЕРІОДЫ.	XII TABULAE.	Media jurisprudentia.	Edictum praetorium.
Бытъ допатріархальн.	gentiles		
Патріарх. родовой бытъ.	—— agnati		
Начало государственнаго періода.	—— —— sui	consanguinei.	
Бытъ государственный.	—— —— —— l e g i t i m i.		liberi viretuxor cognati

[1]) *Leist*, Bonorum possessio I, p. 201. ff. Изслѣдователи bon. possesio (напр. Leist, Der röm. Erbrehtbesitz, p. 276) полагаютъ, что сначала преторъ обособилъ ближайшихъ изъ агнатов[illegible] а потомъ далъ мѣсто въ своемъ эдиктѣ и когнатамъ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google